Ueber die Wirkungen der Eheanfechtung

nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der

juristischen Doktorwürde

der hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der

Grossherzoglich Badischen

Albert Ludwigs-Universität zu Freiburg i/B.

vorgelegt von

Wolfgang Clapier de Colongue

aus Fellin in Livland.

Dorpat.

Druck von C. Mattiesen.

1910.

Ueber die Wirkungen der Eheanfechtung

nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der

juristischen Doktorwürde

der hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der

Grossherzoglich Badischen

Albert Ludwigs-Universität zu Freiburg i/B.

ACAD. LEGUM BAT. BIBL.

vorgelegt von

Wolfgang Clapier de Colongue

aus Fellin in Livland.

Dorpat.

Druck von C. Mattiesen.

1910.

Referent: Prof. Merkel.

Inhaltsverzeichnis.

Seite.

Einleitung 1

§ 1. Die Anfechtungsklage 1

§ 2. Die Nichtigkeitserklärung 16

a) Das Kanonische Recht 17

b) Das Preussische Landrecht 21

c) Französisches Recht. 23

d) Sächsisches Recht 25

e) Das Bürgerliche Gesetzbuch 26

§ 3. Befestigung des gewonnenen Standpunktes . . 41

§ 4. Bedeutung und Begrenzung der Rückwirkung . 47

Schlussbemerkung 83

Litteratur 84

Berichtigung:

Auf S. 2 Z. 8 v. u. lies S. 27 Anm. 3 statt S. 36 Anm. 3. a. E.
Auf S. 28 Z. 7 v u. lies S. 18 f. statt S. 187.

Einleitung.

Die vorliegende Arbeit macht sich zur Aufgabe, die Lehre von den Wirkungen der Eheanfechtung nach zwei Richtungen hin zu erörtern. Es soll einmal die Art und Weise untersucht werden, in welcher das Gesetz die Wirkungen der Anfechtung eintreten lässt. Es wird sich hierbei darum handeln, die Bedeutung festzustellen, die den beiden, die Anfechtung vollendenden Momenten, der Anfechtungsklage und der Nichtigkeitserklärung, zukommt. Sodann sollen die Wirkungen untersucht werden, die die vollzogene Anfechtung auf die Gestaltung der Rechtslage ausübt, unter besonderer Berücksichtigung der Frage, wieweit die derselben innewohnende rückwirkende Kraft sich erstreckt.

§ 1. Die Anfechtungsklage.

Ein anfechtbares Rechtsgeschäft kann nach allgemeinen Grundsätzen durch formlose Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner angefochten werden. (BGB § 143.) Die Bestimmungen über die Eheanfechtung weichen von dieser ab, indem sie die Erklärung, durch die die Anfechtung erfolgt, formalisieren. Die Motive (IV, 95) rechtfertigen das, indem sie sagen, „es empfehle sich bei der grossen Wichtigkeit, welche der Akt der Anfechtung der Ehe auch im Verhältnis zu Dritten habe, durch eine geeignete Form dafür zu sorgen, dass über die Ernstlichkeit der Anfechtung und über den Zeitpunkt derselben kein Zweifel obwalte".

Die „Formalisierung" ist durchgeführt in der Weise, dass die Anfechtung, solange die Ehe nicht aufgelöst ist, nur durch Erhebung der Anfechtungsklage erfolgen kann (§ 1341 Abs. 1.),

durch welche zugleich festgestellt werden soll, ob die Anfechtung begründet war, oder nicht.

Somit hat die Anfechtungsklage eine doppelte Funktion; einmal bildet sie den privatrechtsgeschäftlichen Akt der Anfechtung und andererseits den prozessualen Akt der Klageerhebung zur Herbeiführung des die Nichtigkeit der Ehe erklärenden Urteils. Da der Anfechtungsakt in ihr liegt, tritt auch die übliche Wirkung der Anfechtung, hier also das Nichtigwerden der Ehe, und zwar mit rückwirkender Kraft mit der Klageerhebung ein. Dieses alles scheint aus dem Gesetz (§ 1341 u. 1343) ganz klar hervorzugehen. Die Stellung, die die Litteratur zu dieser Frage einnimmt, wird dadurch verdunkelt, dass fast ausnahmslos die Frage nach der materiellrechtlichen Wirkung der Anfechlungsklage in Verbindung mit der Frage nach der Natur der nichtigen Ehe, und damit der des Urteils im Anfechtungsprozess, behandelt wird und beide sogar von einander in Abhängigkeit gebracht werden. Daraus resultieren einerseits die auffallenden bei einzelnen Schriftstellern zu Tage tretenden Widersprüche und andererseits zwingt die gekennzeichnete Art der Behandlung der Frage andere Autoren dem Gesetz Gewalt anzutun.

Im Anschluss an die Motive (IV, 85) erklärt eine Reihe von Schriftstellern[1]), die Ehe werde durch die Klageerhebung nach rückwärtshin vernichtet. Auch Thiesing[2]) spricht sich in diesem Sinn aus, indem er betont, der materiellrechtliche rechtsgeschäftliche Akt der Anfechtung sei der mit rückwirkender Kraft ausgestattete Vernichtungsfaktor. Diese Auffassung ist

---

1) Z. B. Planck Bem. 2. zu § 1341, Staudinger zu § 1341, Opet v. Blume zu § 1341, Schmidt zu § 1341 u. a.

Im Resultat hierin übereinstimmend auch Endemann (II, 2, S. 220). Über seine Abweichungen von den erstgenannten vgl. w. u. S. 36 Anm. 3. a. E.

2) Die Wirkungen nichtiger Ehen S. 90 f. vgl. auch S. 142 Anm. 4. Thiesing stimmt in diesem Punkt mit den andern Schriftstellern überein; in Gegensatz zu ihnen tritt er erst bei Behandlung der Frage der Natur der nichtigen (angefochtenen) Ehe. Darüber, sowie über die Widersprüche, in die die andern Autoren dabei geraten, vgl. w. u. § 2 e. a. A.

die herrschende; soweit ich sehe, erklären sich nur zwei Schriftsteller gegen dieselbe — Langheineken u. Hellwig.

Ersterer behauptet [1]), es ergebe sich aus § 1343 Abs. 2., dass die Wirksamkeit der klageweisen Anfechtung nicht mit der Erhebung der Anfechtungsklage, sondern erst mit dem die Ehe für nichtig erklärenden Urteil eintrete. Das Gesetz sagt an dieser Stelle:

Die Nichtigkeit einer anfechbaren Ehe, die im Wege der Klage angefochten worden ist, kann solange nicht die Ehe für nichtig erklärt, oder aufgelöst ist, nicht anderweit geltend gemacht werden.

Es muss gleich auffallen, dass die Auffassung Langheinekens mit dem Wortlaut dieses § jedenfalls schwer vereinbar ist, denn die angefochtene anfechtbare Ehe wird hier gerade als nichtige bezeichnet. Wenn dieser Schriftsteller hier doch einen Stützpunkt seiner Ansicht zu finden glaubt, so erklärt sich das nur daraus, dass im § 1343 Abs. 2. allerdings ein Hauptargument für die Lehre von der konstitutiven Natur des Urteils im Anfechtungsprozess liegt und diese sich nach Ansicht Langheinekens nur mit seiner Auffassung von der Wirkung der Anfechtungsklage vereinigen lässt. Dass dieser Rückschluss kein notwendiger ist, sich vielmehr beides miteinander vereinigen lässt, wird in Folgendem gezeigt werden. [2]) Hellwig [3]) geht bei seiner Argumentation von der Klage auf Anfechtung des Erbschaftserwerbes wegen Erbunwürdigkeit aus (§ 2342 BGB.) Er führt aus, dass die Anfechtungserklärung hier die gewöhnliche Wirkung nicht habe, was mit absoluter Deutlichkeit aus § 2342 Abs. 2 hervorgehe, wo es heisst:

Die Wirkung der Anfechtung tritt erst mit der Rechtskraft des Urteils ein. [4])

Dasselbe, was für die Anfechtung des Erbschaftser-

---

1) Langheineken, Der Urteilsanspruch S. 249.

2) Dazu und zum folgenden vgl. Zitelmann „Zum Recht der Eheanfechtung" S. 150 ff. 154.

3) Anspruch und Klagerecht S. 468 ff.

4) In diesem Fall ist Hellwig angesichts des klaren Wortlautes des Gesetzes m. E. allerdings beizustimmen. Im Anschluss an die Mo-

werbes gilt, soll nun nach Hellwig auch für andere Fälle der Anfechtungsklage, nämlich der Anfechtung der Ehelichkeit (§ 1596) und in unserem Fall (§ 1341) gelten. Als Bestätigung dieser Behauptung gilt ihm [1]) die im § 1596 Abs. 2. und § 1341 Abs. 2. wiederkehrende Vorschrift, dass die Anfechtung als nicht erfolgt gilt, wenn die Klage zurückgenommen ist. Dieser Satz enthalte nämlich etwas Selbstverständliches und müsse daher auch in den Fällen gelten, wo er nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, (z. B. im Falle des § 2342). Nun ist aber gerade dieser Umstand, dass in § 2342 eine ähnliche Bestimmung fehlt, ein Beweis gegen die Hellwigsche Lehre [2]). Hier in § 2342 wäre sie allerdings selbstverständlich und überflüssig, denn enthält die Klage die aufhebende Wirkung nicht, so kann diese bei der Zurücknahme der Klage auch nicht bestehen bleiben. Daraus aber, dass das Gesetz es in den anderen Fällen für notwendig erachtet, eine ausdrückliche dahingehende Bestimmung zu treffen, geht mit Sicherheit hervor, dass hier (in § 1343 Abs. 2. n. 1596 Abs. 2. ebenso § 1599) die Klageerhebung mit der Anfechtungswirkung verknüpft ist. [3]) Daher erklären auch die Motive (IV, 97.): „Die Zurücknahme der Anfechtungsklage würde zwar die Folgen der Rechtshängigkeit nach Massgabe des § 243 (jetzt 271) Z. P. O. beseitigen, nicht aber den in der Erhebung der Anfechtungsklage zugleich liegenden rechtsgeschäftlichen Akt der Anfechtuug.

Der § 1343 Abs. 2., der, wie wir schon sahen, die hier vertretene Auffassung unterstützt, erfährt von Hellwig eine ganz eigentümliche Auslegung: Er soll nämlich den Gedan-

---

tive (IV, 522) erklären jedoch manche Schriftsteller, dass auch hier die Anfechtungswirkung schon mit Erheben der Klage eintrete. So Kisch, Beiträge zur Urteilslehre S. 117; Hölder, Zeitschr. für Ziv.-Proz. Bd. 29, S. 68. Für Hellwigs Auffassung sind Langheineken a. a. O. S. 270 u. Zitelmann a. a. O. S. 165.

1) Hellwig, Anspruch S. 470.

2) Ebenso wiederum Zitelmann S. 150.

3) Die Inkonsequenz, die in der verschiedenen Behandlung der einzelnen Fälle liegt, lässt sich allerdings schwer rechtfertigen. Daher der Versuch der Motive, sie zu verdecken, vgl. Seite 3, Anm. 4.

enthalten, dass die Anfechtung durch die Klage die Vernichtung der Ehe nur unter der Bedingung bewirke, dass einer der Ehegatten während des Prozesses stirbt. [1]) Mit dem Wortlaut des § 1343 Abs. 2. lässt sich das jedenfalls schwer vereinigen. Hellwig [2]) sieht sich denn auch genötigt es für eine „Inkorrektheit des Ausdrucks“ zu erklären, wenn dieser § von der „Nichtigkeit“ der angefochtenen Ehe spricht. Den Ausführungen Hellwigs liegt dieselbe vorgefasste Meinung zu Grunde wie denen Langheinekens, dass sich nur so die konstitutive Natur der Nichtigkeitserklärung halten lasse. Wie schon erwähnt, ist das nicht richtig, und es wird sich zeigen, dass der § 1343 Abs. 2. ganz ungezwungen ausgelegt werden kann [3]). Aus dem vorstehenden ergibt sich, dass die Meinungen Langheinekens und Hellwigs sich aus dem Gesetze nicht rechtfertigen lassen, dass in der Tat vielmehr die Wirkung der Eheanfechtung bereits mit der Klageerbebung eintritt, vorausgesetzt natürlich, dass sie begründet ist.

Die Frage ist nun, welcher Art diese Wirkung ist. Die Antwort ergibt sich aus einer Vergleichung der §§ 1329 und 1343 Abs. 2, (vgl. S. 3.) Ersterer lautet:

> § 1329. Die Nichtigkeit einer nach den §§ 1325—1328 nichtigen Ehe kann, so lange nicht die Ehe für nichtig erklärt oder aufgelöst ist, nur im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden. Das Gleiche gilt von einer nach § 1324 nichtigen Ehe, wenn sie in das Heiratsregister eingetragen worden ist.

---

1) Hellwig. Lehrbuch des Zivilprozessrechts Bd. 3, 1. S. 305 u. S. 294 Anm. 40.

2) Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 471 Anm. 55.

3) Mit Recht weist Zitelmann S. 150, auch Hellwig gegenüber auf den Wortlaut der §§ 1343 Abs. 1. u. 2344 Abs. 1. hin, deren Gegenüberstellung deutlich ergebe, dass in dem einen Fall die Anfechtung, im andern Fall das Urteil der ausschlaggebende Vernichtungsfaktor ist. In § 1343 heisst es: „Wird eine anfechtbare Ehe angefochten, so ist sie als..... nichtig anzusehen“, während § 2344 lautet: „Ist ein Erbe für erbunwürdig erklärt, so gilt der Anfall . . . als nicht erfolgt.“ Der weiteren, sich auf § 1342 stützenden Argumentation Zitelmanns sei hier keine Erwähnung getan, weil Zitelmann sie mit Recht selbst nicht für entscheidend hält.

Die Bedeutung des letzteren Paragraphen ist, worüber kein Zweifel besteht, die, dass die Nichtigkeit einer solchen Ehe von jedermann unbeschränkt erst nach erfolgter Nichtigkeitserklärung geltend gemacht werden kann. Die beiden Paragraphen besagen also in diesem Punkt dasselbe.

Der § 1329 hat die wissenschaftliche Theorie von vornherein veranlasst, die nichtigen Ehen des B. G. B. nicht einheitlich zu behandeln, sondern zu unterscheiden zwischen den Fällen, wo die Nichtigkeit sogleich unbeschränkt geltend gemacht werden darf (1324 Abs. 1) und denjenigen, wo es dazu noch eines besondern Verfahrens bedarf (§§ 1325—1328 und 1324 Abs. 2). Man spricht daher von „absoluter“ und „relativer“ Nichtigkeit (Staudinger), von „unmittelbarer“ und „mittelbarer“ (Zitelmann), von „formeller“ und „materieller“ (Planck), von „Nichtehe“ im Gegensatz zu „Scheinehe“ (Cosack, Bd. 2 § 278) u. s. w. Festzustellen, welches die Bedeutung dieses Unterschiedes ist, soll dem nächsten Abschnitt dieser Arbeit vorbehalten bleiben, hier genügt uns zunächst die Erkenntnis, dass die anfehtbare Ehe durch die Anfechtungsklage in das Stadium der „mittelbaren“ Nichtigkeit getreten ist[1]). Es fragt sich nun, was aus ihr weiter wird. Es liegen verschiedene Möglichkeiten vor. Wird einmal der Prozess zu Ende geführt, so verwandelt sich die „mittelbare“ Nichtigkeit demnächst durch das Urteil in eine „unmittelbare“. Dasselbe ist der Fall, wenn die Ehe vor dem Urteil aufgelöst wird (1343 Abs. 2). Doch kann das Schicksal der Anfechtungswirkung auch ein anderes sein; es sind drei Fälle zu unterscheiden: die Zurücknahme der Klage, die Abweisung der Klage aus prozessualen Gründen und die Genehmigung oder Bestätigung der Ehe. Für den ersten und dritten Fall finden sich im Gesetz positive Vorschriften. Wird nämlich die Klage zurückgenommen, so soll die Anfechtung als nicht erfolgt gelten. Dasselbe gilt nach § 1341 Abs. 2, Satz 2, für den Fall der Genehmigung und Bestätigung. Ueber den zweiten Fall schweigt das Gesetz. Es erhebt sich die Frage: soll auch dieses Ereignis

1) Der Kürze wegen sei hier der von Zitelmann vorgeschlagenen Terminologie beigetreten.

zur Folge haben, dass die Anfechtung nun als nicht erfolgt anzusehen ist, oder bleibt ihre Wirkung bestehen. Die praktische Bedeutung der Frage tritt insbesondere dann hervor, wenn durch Klageerhebung vor einem unzuständigen Gericht die Anfechtungsfrist verstrichen ist. Zitelmann, der diesem Problem einen besonderen Aufsatz [1]) gewidmet hat, kommt zu dem Resultat, dass die Anfechtungswirkung auch hier eingetreten ist, die Ehe infolgedessen in eine „mittelbar" nichtige verwandelt worden ist. Mithin könne, wie bei jeder „mittelbar" nichtigen Ehe jetzt von jedem der beiden Ehegatten wie auch von Dritten und dem Staatsanwalt nach Massgabe des § 632 Z. P. O. die Nichtigkeitsklage erhoben werden und zwar ohne zeitliche Beschränkung. Von einer erneuten Anfechtung könne natürlich keine Rede sein, wenn einmal die erste Anfechtung wirksam sei. Diese Schlussfolgerungen erscheinen auch uns ganz logisch [2]); es fragt sich nur, ob ihre Grundlage haltbar ist. Davon hat uns jedoch auch die Beweisführung Zitelmanns nicht überzeugen können. Sie stützt sich darauf, dass es im Falle der Zurückweisung der Klage an einer den Folgen der Klagezurücknahme entsprechenden Bestimmung fehle. Dass dieses vom Gesetzgeber absichtlich so geordnet sei, ergebe eine Vergleichnng des § 1341 Abs. 2 mit § 212 Abs. 1, wo es heisst:

> Die Unterbrechung durch Klageerhebung gilt als nicht erfolgt, wenn die Klage zurückgenommen oder durch ein nicht in der Sache selbst entscheidendes Urteil rechtskräftig abgewiesen wird.

Auch hier habe die Klage, ähnlich der Anfechtungsklage, neben ihrer prozessualen eine materiellrechtliche Wirkung, nämlich die, dass die Verjährung unterbrochen werde. Es erhebt sich daher auch in diesem Fall die Frage, wie es mit der Verjährungsunterbrechung stehe, einmal wenn die Klage zurückgenommen und ferner, wenn sie durch nicht sachentscheidendes Urteil abgewiesen werde. Der § 212 Absatz 1

1) Den schon erwähnten „Zum Recht der Eheanfechtung".

2) a. M. Hellwig, Lehrbuch 3, I, S. 305, auf Grund seiner nicht zutreffenden Interpretation des § 1343 Abs. 2 (vergl. S. 5).

bestimme ausdrücklich, dass die materiellrechtliche Wirkung der Klage in beiden Fällen beseitigt werde. Dass eine solche Bestimmung bei der Eheanfechtung für den zweiten Fall versehentlich fortgefallen sei, könne deshalb nicht angenommen werden, weil bei Normierung der Eheanfechtung gerade in anderer Beziehung (das ergebe § 1339 Abs. 3) auf die Verjährungslehre Rücksicht genommen sei. Zu einem anderen Resultat kommt Hellwig (Lehrbuch 3 § 173 III 2), der sich ebenfalls zu diesem Punkt äussert. Nach ihm gehört die Unterbrechung der Anspruchsverjährung zu denjenigen „rechtserhaltenden" Wirkungen, die zwar durch die Klageerhebung begründet werden, die aber nur unter der Bedingung eintreten, dass der Kläger sein behauptetes Recht auch zur gerichtlichen Anerkennung bringt. Deswegen, meint Hellwig, bestimme § 212 Abs. 1, dass für den Fall der Klagezurücknahme und des nichtsachentscheidenden Urteils die Unterbrechung der Anspruchsverjährung als nicht erfolgt gälte, m. a. W. diese Vorschrift enthalte Selbstverständliches, weil sie dem oben bezeichneten allgemeinen Grundsatz entspreche. Deswegen könne auch aus ihr kein argumentum e contrario gezogen werden. Das ist m. E. nicht richtig. Die Unterbrechung der Anspruchsverjährung durch Klage tritt keineswegs nur unter der Bedingung ein, das der Kläger sein Recht zu gerichtlicher Anerkennung bringt; das zeigt deutlich § 211 Abs. 2, wonach die Unterbrechung der Anspruchsverjährung endigt, wenn der Prozess in Stillstand gerät. Endigen kann sie aber nur, wenn sie einmal eingetreten ist und, da in diesem Fall eine „gerichtliche Anerkennung" des klägerischen Rechts nicht erfolgt ist, so kann diese nicht die Bedingung der Unterbrechung der Anspruchsverjährung sein. Infolgedessen enthält § 212 Abs. 1 durchaus nicht die Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes, sondern ist allerdings eine Ausnahmevorschrift, aus der man an sich ein argumentum e contrario zu ziehen berechtigt wäre. Es schlägt nur in unserem Fall nicht durch und darin liegt der Fehler der Zitelmann'schen Auffassung: Der von der Unterbrechung der Verjährung handelnde § 212 Abs. 1 ist überhaupt ein untaugliches Vergleichsobjekt. Die Sachlage ist nämlich nicht die gleiche wie bei der Eheanfech-

tung. Die Verbindung von Verjährungsunterbrechung und Klage ist ganz anderer Natur, als die von Anfechtung und Klage. Dort im § 212 Abs. 1 ist die materiellrechtliche Wirkung eine Folge, die das Gesetz an die Klageerhebung knüpft, die jedoch an sich nichts mit ihr zu tun hat. Die Verjährungsunterbrechung erfolgt keineswegs nur bei Erhebung einer Klage, vielmehr tritt sie gemäss § 208 auch bei einseitiger Anerkennung des Verpflichteten ein[1]). Ganz anders bei der Eheanfechtung. Diese kann bei Lebzeiten der Ehegatten gar nicht anders als durch Klageerhebung erfolgen, — es liegt eine untrennbare, notwendige Verknüpfung vor: Die Klageerhebung ist zugleich Anfechtungsakt. Hier ist die materiellrechtliche Wirkung nicht, wie bei der Verjährungsunterbrechung, begrifflich bloss eine Folgeerscheinung. Wenn das Gesetz es bei der Eheanfechtung an dem Satz hat fehlen lassen, dass bei nicht sachentscheidendem Urteil die Anfechtungswirkung als nicht erfolgt gelten soll, so hat das, wie wir jetzt erkennen, folgenden Grund: Eine Klage, die z. B. wegen Unzuständigkeit des Gerichts abgewiesen wird, stellt sich dadurch als prozessual unwirksam dar; sie ist, wie sich jetzt herausgestellt hat, eine ungültige, infolgedessen muss auch die in ihr liegende, aufs engste mit ihr verknüpfte privatrechtliche Wirkung unwirksam und ungültig sein — m. a. W. das Gesetz brauchte dieses nicht hervorzuheben, weil es in der Natur der Sache liegt. Es ist zwar durchaus zutreffend, wenn Zitelmann (S. 160) darauf hinweist, dass nach Z. P. O. § 271 bei Zurücknahme der Klage bloss die Folgen der Rechtshängigkeit wieder aufgehoben werden („der Rechtsstreit wird als nicht anhängig geworden angesehen"), nicht aber die Tatsache der Klageerhebung als nicht geschehen betrachtet wird, ihre einmal eingetretenen Wirkungen daher bestehen bleiben, und dass ebenso auch bei Zurückweisung der Klage aus prozessualen Gründen die Tatsache der einmal erfolgten Klageerhebung nicht weggeleugnet werden kann. Der grosse Unterschied dieser Fälle ist aber der, dass in letzterem die Klage ungültig

1) vergl. auch § 209 B. G. B.

gewesen ist, mithin auch der in ihr selbst liegende und darum von ihrer Gültigkeit abhängige Privatrechtsakt nicht fortwirkt, eine Wirkung, deren Verknüpfung mit der Klage keine innerlich notwendige, wie die Verjährungsunterbrechung, ist, von der Ungültigkeit der Klage jedoch nicht berührt wird, und darum bestehen bleibt. Deswegen bedurfte es im § 212 Abs. 1 einer besonderen Bestimmung, wenn dieses vermieden werden sollte. Bei der Klagezurücknahme war dagegen auch bei der Eheanfechtung eine positive Bestimmung notwendig, die die privatrechtliche Wirkung fortschaffte. Denn hier handelt es sich um eine gültig erhobene Klage, die infolgedessen die in ihr liegende Wirkung als vollwirksame enthält, die als solche bestehend bleiben würde, wenn die Klage zurückgenommen wird. Mit Recht sagen daher auch die Motive (IV 97): „Die Zurücknahme der Anfechtungsklage würde zwar die Folge der Rechtshängigkeit nach Maassgabe des § 243 (jetzt 271) Z. P. O. beseitigen, nicht aber den in der Erhebung der Anfechtungsklage zugleich liegenden rechtsgeschäftlichen Akt der Anfechtung". — Der Fehler Zitelmanns ist also ein doppelter. Einmal der Vergleich des § 1341 mit § 212 Abs. 1, der aus dem eben erörterten Grunde unrichtig ist, und zweitens das Bestreben für die Klagezurücknahme und das nichtsachentscheidende Urteil in allen Fällen dasselbe gelten zu lassen. Bei der Eheanfechtung müssen aber, wie gezeigt, diese beiden Ereignisse verschieden beurteilt werden.

In den zweiten Fehler verfällt auch Kohler[1]), der allerdings zum entgegengesetzten Resultat kommt. Nach ihm ist es auch selbstverständlich, dass die Anfechtungswirkung mit der Klagezurücknahme verschwindet, die diesbezügliche Bestimmung des § 1341 also überflüssig. Auch dies dürfte nach den obigen Ausführungen abzulehnen sein. Kohler[2]) geht übrigens noch viel weiter. Er behauptet nämlich, dass, wenn eine gewöhnliche, d. h. nicht formalisierte Anfechtung dennoch mit einer Klage verbunden wird, was gewiss möglich ist, sie denselben Regeln unterliegt, wie eine nur in Form der

1) Zeitschrift f. Ziv. Proz. Bd. 29. S. 19.
2) a. a. O. S. 21.

Klage mögliche Anfechtung, m. a. W. dass auch ihre Wirkung entfällt, wenn die Klage zurückgenommen, oder etwa wegen Unzuständigkeit des Gerichts abgewiesen wird. Dieses ist m. E. nicht richtig, denn in solchem Fall ist die Verbindung von Klage und Anfechtungserklärung eine zufällige, nicht eine gesetzlich notwendige, wie bei der Eheanfechtung. Die Annahme einer gegenseitigen Abhängigkeit dürfte daher unbegründet sein.

Wir gelangen also zu folgendem Ergebnis[1]): Auch die Abweisung der Klage aus einem prozessualen Grunde bewirkt, dass die Anfechtung als nicht erfolgt anzusehen ist, oder, richtiger ausgedrückt, sie stellt klar, dass die Anfechtungswirkung nicht erfolgt ist. Daraus folgt zunächst jedenfalls, dass von neuem eine Anfechtungsklage erhoben werden kann, genau wie im Fall der Klagezurücknahme, natürlich auch aus demselben Anfechtungsgrunde. Doch kann sich hier die Frage verwickeln wegen der kurz bemessenen Anfechtungsfrist von 6 Monaten (§ 1339 Abs. 1), die dem Berechtigten zur Erhebung der Anfechtungsklage zusteht. Diese Zeit kann leicht durch Anstellen der Klage bei einem unzuständigen Gericht verstrichen sein und es erhebt sich die Frage, soll der Berechtigte, der vielleicht an diesem Ausgang ganz unschuldig ist, jetzt seines Anfechtungsrechts verlustig gegangen sein. Unmöglich kann das die Absicht des Gesetzes sein! Zitelmann sieht, wie schon bemerkt, einen Ausweg darin, dass jetzt die Möglichkeit geboten ist, die Nichtigkeitsklage zu erheben. Für uns ist dieser Weg nicht gangbar, die wir seine Grundanschauung nicht teilen. Einen direkten Ausweg bietet das Gesetz nicht. Dass hier doch Hilfe geschaffen werden kann, darauf ist zuerst von Hellwig[2]) hingewiesen worden. Uns ist schon im vorstehenden der § 212 Abs. 1 begegnet, wo es hiess, dass die Verjährungsunterbrechung als nicht erfolgt gelte, wenn die Klage durch nicht in der Sache selbst entscheidendes Urteil rechtskräftig abgewiesen werde. Es ist

---

1) Zu dem hier verteidigten Resultat gelangt auch Kisch a. a. O. S. 102.

2) Deutsche Juristen-Zeitung 1903. S. 185 ff.

klar, dass diese Regelung an sich leicht zu denselben Schwierigkeiten führen könnte, wie sie oben für den Fall der Eheanfechtung erörtert wurden. Der Berechtigte könnte auch hier seines Rechtes dadurch verlustig gehen, dass die Verjährung während des wegen mangelnder Prozessvoraussetzungen nicht zum Ziele führenden Prozesses abläuft. Diesem Uebelstande hilft nun der § 212 Abs. 2 Satz 1 ab, indem er bestimmt:

> Erhebt der Berechtigte binnen 6 Monaten von neuem Klage, so gilt die Verjährung als durch die Erhebung der ersten Klage unterbrochen.

Gäbe es eine analoge Bestimmung auch im Eheanfechtungsrecht, so wären die erwähnten Schwierigkeiten mit einem Schlage beseitigt. Sie fehlt aber. Es fragt sich nun, ob daraus per argumentum e contrario zu schliessen ist, dass solches allein für die Anspruchsverjährungsfrist zu gelten habe, oder analog auch auf die Fälle, wo die Befristung eines Rechts durch Klage unterbrochen wird, anzuwenden sei. Hellwig entscheidet sich für letzteres, wie mir scheint mit zutreffender Begründung: es sei aus § 212 Abs. 2 ein allgemeiner Rechtsgedanke zu entnehmen, nämlich der, dass die zur Wahrung eines Rechts geschehene Klageerhebung dem Berechtigten mit zeitlicher Beschränkung (auf 6 Monate) dann zugute kommen solle, wenn wegen Wahl eines unzuständigen Gerichts oder anderen dergleichen Missgriffen in der Form die fristgerechte Klage nicht zum Ziele führen könne, dass das Gesetz bezüglich der Rechtsbefristung keine Entscheidung getroffen habe und die hiernach sich ergebende Lücke im Wege der Analogie auszufüllen sei. — Dadurch wird dem Eheanfechtungsberechtigten die Möglichkeit gegeben, wenn seine erste Klage abgewiesen ist, binnen 6 Monaten eine neue Klage anzustrengen, was dann so anzusehen wäre, als hätte er sein Recht schon das erste Mal, also fristgerecht, wirksam ausgeübt. Zitelmann[1]) erklärt sich mit Entschiedenheit gegen eine solche analoge Ausdehnung. Eine solche sei zwar auch bei singulären Rechtssätzen möglich, jedoch nur dann, wenn

1) a. a. O. S. 162. Dagegen auch Planck Bem. 4 zu § 1339 ohne Begründung.

wirklich eine Lücke im Gesetze bestände, d. h. wenn man annehmen müsse, dass die gleiche Frage an der analogen Stelle nicht erwogen worden sei. Letzteres könne aber nicht der Fall sein — hier verweist Zitelmann wiederum auf den § 1339 Abs. 3, wo die Verjährungslehre „mitüberlegt" sei. Dass dieses wohl geschehen, kann Zitelmann umso eher annehmen, als von seinem Standpunkt aus die Lage des ehemals Anfechtungsberechtigten gar keine missliche ist, da dieser sein Ziel durch Erhebung der Nichtigkeitsklage weiter verfolgen kann, — der Fall also von seinem Standpunkt aus gar keine Schwierigkeiten bietet. Die Einwände Zitelmanns sind jedoch nicht überzeugend: Wir haben gefunden, dass die Schwierigkeiten hier tatsächlich vorliegen und können nicht annehmen, dass der Gesetzgeber absichtlich den Anfechtungsberechtigten auf so ungerechtfertigte Weise seines Rechtes hat verlustig gehen lassen wollen, daraus können wir aber mit Sicherheit schliessen, dass hier wirklich eine „Lücke" des Gesetzes vorhanden ist, und dass die Frage an dieser Stelle nicht erwogen worden ist. Es hätte sonst zu nahe gelegen durch eine ähnliche Bestimmung, wie in § 212, auch hier einen Ausweg zu schaffen. Es entfällt somit der Grund, der gegen Hellwigs Vorschlag eingewandt werden kann und man wird die Zulässigkeit der analogen Anwendung des § 212 Abs. 2 im Falle der Eheanfechtung nicht mehr in Abrede stellen können [1]).

Wie schon erwähnt, gibt es ausser dem Fall der Klagezurücknahme und des nichtsachentscheidenden Urteils, noch einen Dritten, in welchem das Schicksal der Anfechtungswirkung nicht das gewöhnliche ist. Es ist der Fall der Bestätigung und Genehmigung. Erfolgt eine solche bevor die Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt ist, so soll das Gleiche eintreten, wie bei der Klagezurücknahme, nämlich die Anfechtung als nicht erfolgt gelten (§ 1341 Abs. 2 Satz 2). Aus dem Wortlaut des § 1341 Abs. 2 Satz 2 ergibt sich, wie schon die Motive [2]) hervorheben, dass die Bestätigung auch noch

1) Gegen Zitelmann neuerdings auch Hellwig selbst — vergl. Lehrb. 3, 1 S. 304.

2) Motive IV 50. Die Ausführungen beziehen sich auf den

im Laufe des Prozesses erfolgen kann. Es liegt hierin, wie gleich auffallen muss, ein Widerspruch. Die Bestätigung einer anfechtbaren Ehe (§ 1337) ist ihrem Wesen nach nichts anderes als ein Verzicht auf das Anfechtungsrecht [1]). Ihre Voraussetzung ist also das Vorhandensein einer anfechtbaren Ehe. Ist die Anfechtungsklage erhoben und dadurch die Ehe nichtig geworden, so gibt es eine „anfechtbare" Ehe nicht mehr, und ein Verzicht auf das schon ausgeübte und damit untergegangene Anfechtungsrecht wäre widersinnig. Massgebend für die Aufnahme dieser Bestimmung war, wie die Motive (IV. 100) ergeben, die Erwägung, dass der gleiche Erfolg praktisch immer dadurch erzielt werden könne, dass der Kläger die unwahre Behauptung des Beklagten zugesteht, die Ehe sei bereits vor erfolgter Anfechtung genehmigt worden. Dem sollte vorgebeugt werden. Doch ist das keine Lösung des Widerspruchs. Diese liegt aber im Folgenden: die Bestätigung will hier gar nicht Bestätigung einer anfechtbaren Ehe sein; durch Erhebung der Anfechtungsklage ist die Ehe nichtig geworden, es handelt sich also um die Bestätigung einer nichtigen Ehe. Das ist nichts Ungewöhnliches, denn der § 1325 Abs. 2 sieht diese Möglichkeit ausdrücklich vor. Mit Recht bemerkt daher Buhl [2]), die Gleichstellung der beiden Fälle, der Klagezurücknahme und der Bestätigung sei nicht glücklich, vielmehr wäre es angemessener gewesen zu sagen, die durch Erhebung der Anfechtungsklage entstandene Nichtigkeit der Ehe werde durch Bestätigung geheilt. Doch ist damit noch zu wenig gesagt. Die Fassung ist nicht nur nicht glücklich, sondern direkt falsch, weil zu eng. Wäre nämlich die Folge der Bestätigung nur die, dass die Anfechtung als nicht erfolgt gelte, so müsste logischer Weise genau wie im Fall der Klagezurücknahme eine erneute Anfechtung

---

§ 1251 Abs. 1 des ersten Entwurfs (jetzt § 1335) gelten natürlich aber auch für den entsprechenden § 1268 Satz 2 des ersten Entwurfs (jetzt § 1341 Abs. 2 Satz 2).

1) Dasselbe gilt für die Genehmigung, die ein Verzicht des gesetzlichen Vertreters auf sein Anfechtungsrecht ist (§ 1336 Abs. 2). vergl. Planck, Bem. 1 vor § 1337.

2) Buhl, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe S. 169.

aus demselben Grunde möglich sein. Letzteres ist aber sicher nicht der Fall. Darüber ist sich auch die Theorie ganz einig. Die Bestätigung macht zweifellos hier, wie sonst, die Ehe zu einer unanfechtbaren.

Bestritten ist die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt eine solche Bestätigung noch erfolgen kann. Die Motive (IV. 50) bemerken dazu, es verstehe sich von selbst dass die erfolgte Genehmigung [1]) in einem bereits anhängigen Nichtigkeitsprozess nur so lange geltend gemacht werden könne, als nach den Grundsätzen der Z. P. O. überhaupt Tatsachen noch mit Erfolg vorgebracht werden könnten. Ebensowenig kann es zweifelhaft sein, dass, wenn durch das Urteil die Ehe für ungiltig erklärt ist, dasselbe nicht etwa deshalb in Frage gestellt werden könne, weil die Ehe noch vor der Rechtskraft des Urteils genehmigt worden ist, dieser Umstand aber in dem Nichtigkeitsprozesse nicht mehr habe geltend gemacht werden können. — Unzweifelhaft dürfte es sein, dass ein erstinstanzliches Urteil dann allerdings „in Frage gestellt" wird, wenn die Bestätigung in der Berufungsinstanz nach § 529 Abs. 1 Z. P. O. vorgebracht wird [2]). Eine andere Frage ist, ob die Bestätigung noch wirksam werden kann, wenn kein Rechtsmittel eingelegt ist, oder wenn der Prozess schon in der Revisionsinstanz schwebt. Entscheidend dafür dürfte der § 629 Z. P. O. sein, wo es heisst:

> Das auf eine Nichtigkeitsklage oder Anfechtungsklage ergehende Urteil wirkt, sofern es bei Lebzeiten beider Ehegatten rechtskräftig wird, für und gegen alle.

Für nichtig erklärt ist die Ehe danach erst mit der Rechtskraft des Urteils, mithin kann nach dem Wortlaut des § 1341 (ebenso 1325 BGB.) die Bestätigung bis dahin erfolgen. Die Erörterung der Frage, wie das noch geltend gemacht werden kann [3]), oder ob das Urteil ipso jure in solchem Fall unwirksam ist [4]), würde hier zu weit führen.

---

1) Der Ausdruck „Bestätigung" findet sich an dieser Stelle im ersten Entwurf noch nicht.

2) Ebenso Buhl, S. 158, Staudinger, Bemerkung 3 d. zu § 1325.

3) Vgl. Hellwig, Deutsche Juristen-Zeitung 1903, S. 284 ff.

4) Vgl. Seckel, Gestaltungsrechte, S. 243 ff.

§ 2. Die Nichtigkeitserklärung.

Das durch die Eheanfechtung erstrebte Ziel ist die Nichtigerklärung der Ehe. Erst wenn diese erfolgt ist, kann jedermann die Nichtigkeit der Ehe unbeschränkt geltend machen. § 1343 Abs. 2 drückt dieses negativ aus (vergl. oben S. 3). Der Eintritt der gewollten Wirkungen bei der Durchführung der Anfechtung ist also an zwei Momente geknüpft — die Klage und das Urteil. Die Klage bewirkt, wie festgestellt wurde, die mittelbare Nichtigkeit der Ehe. Jetzt fragt es sich, welche Bedeutung dem Urteil [1]) beizumessen ist. Ist die Sachlage so aufzufassen, dass durch das Urteil die schon vorhandene Nichtigkeit nur endgültig festgestellt werde, dass mithin das Urteil deklaratorischer Natur sei, oder hat auch das Urteil eine rechtsgestaltende, konstitutive Bedeutung, indem es ein noch bestehendes Rechtsverhältnis mit rückwirkender Kraft aufhebt. Letzteres wird dann anzunehmen sein, wenn festgestellt werden kann, dass das Gesetz hier unter „Nichtigkeit“ etwas andres als sonst [2]) versteht, m. a. W. dass auch die nichtige Ehe ein Rechtsverhältnis mit den Rechtswirkungen der Ehe ist, bei denen nicht die rechtliche Existenz, sondern blos der nachträgliche Wegfall mit rückwirkender Kraft in Frage steht, die darin also der anfechtbaren Ehe gleichsteht. Bevor wir jedoch an die Besprechung dieser Streitfrage herantreten. erscheint es angezeigt, einen Rückblick auf das kanonische Recht und die wichtigsten Particularrechte zu werfen, weil uns im ersteren der Begriff der „nichtigen“ Ehe zum erstenmal entgegentritt, und eine Vergleichung seiner Ausgestaltung in allen diesen Rechten mit derjenigen im heutigen

---

1) Die Beantwortung dieser Frage entscheidet zugleich über die Natur des Urteils im Ehenichtigkeitsprozess und umgekehrt, da in beiden Fällen durch das Urteil die „mittelbare“ Nichtigkeit eine „unmittelbare“ wird. Unsere Betrachtungen behandeln daher die „nichtige“ Ehe im allgemeinen.

2) Nämlich nicht „völligen und definitiven Mangel der Geschäftswirkung“ (Hellwig, Rechtskraft S. 452 Anm. 4), oder „endgültige Unwirksamkeit.“ (Zitelmann, Allgemeiner Teil, S. 102).

bürgerlichen Recht für uns von Wichtigkeit sein wird. Hat doch vor allem das kanonische Recht, wie kein anderes, Einfluss auf die späteren Kodifikationen des Eherechts und auch unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs gehabt. Ebenso aber auf das rechtliche Denken überhaupt, und gerade bei unserem Gegenstande wird sich zeigen, wie stark die Nachwirkung kanonischer Rechtsanschauung noch heute die Versuche zur Lösung der hier behandelten Probleme beherrscht.

a) Das kanonische Recht.[1])

Das kanonische Recht unterscheidet gültige Ehen (Matrimonium ratum) von nichtigen (Matrimonium irritum seu nullum.) Den Begriff der anfechtbaren Ehe, d. h. einer solchen, die an sich existiert, jedoch mit einem Mangel behaftet ist, der ihre Vernichtung ermöglicht, kennt das kanonische Recht nicht. Vielmehr entsteht nach diesem aus den Gründen, die nach den neueren Gesetzgebungen blosse Anfechtbarkeit der Ehe erzeugen, immer ein matrimonium nullum. Ueberhaupt liegt ein matrimonium nullum dann vor, wenn der Verbindung ein sog. trennendes Ehehindernis (impedimentum dirimens) entgegensteht, dennoch aber ein formeller Eheschliessungsakt stattgefunden hat. Eine solche Verbindung darf jedoch von den Beteiligten nicht ohne weiteres aufgehoben werden, es bedarf vielmehr eines Rechtsspruchs dazu. Das geschieht im sog. Vincular- oder Nullitätsprozess. In diesem Verfahren zeigt sich jedoch eine Verschiedenheit der Behandlung der nichtigen Ehe, je nachdem das matrimoninm nullum mit einem sog. impedimentum dirimens publicum oder mit einem impedimentum privatum behaftet war. War ersteres der Fall, so konnte die „accusatio matrimonii“ von Amtswegen oder auf Antrag Dritter erfolgen, von letzteren allerdings nur, wenn sie nicht eigennütziger oder böswilliger Absichten verdächtig waren. Beim Zugrundeliegen eines impedimentum privatum erfolgte dagegen die Annullation nur auf Antrag des unschuldigen oder ge-

1) Vgl. dazu Friedberg, S. 415 ff., 464 ff., Richter-Dove, § 285, Scherer, Bd. 2, S. 499 ff.

kränkten Ehegatten. Dieser Unterschied entspricht praktisch zwar unserem heutigen zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, berechtigt jedoch selbstverständlich nicht, den letzteren Begriff in das kanonische Recht hineinzutragen. „Nur im formellen Sinne, nicht im materiellen Sinne kennt das kanonische Recht auch anfechtbare Ehen". [1])

Die natürliche Folge des Erfordernisses eines Nichtigkeitsprozesses ist die, dass es bis zur Annullation der Ehe so anzusehen ist, als ob eine Ehe tatsächlich besteht. Dieser Konsequenz trug das kanonische Recht auch uneingeschränkt Rechnung, indem es bis zur Durchführung des Prozesses grundsätzlich sogar die Verpflichtung der Gatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft bejahte. [2]) Nur wenn der Ausgang des Prozesses auf den ersten Blick höchstwahrscheinlich war, konnte die Trennung der Eheleute von dem Richter provisorisch verfügt werden. [3]) Wie ist nun aber das Verhältnis vor der Nichtigkeitserklärung juristisch aufzufassen? Bedeutet die Tatsache, dass dieses rechtlich als Ehe aufrecht erhalten wird, soviel, dass wirklich eine Ehe, wenn auch eine fehlerhafte, vorliegt? Das wird z. B. von Zachariae-Crome [4]) auch für das kanonische Recht behauptet. Man wird das aber verneinen müssen. Es wäre sonst unerklärlich, warum das kanonische Recht eine „renovatio consensus", also eine erneute Eheschliessung erfordern würde, wenn das Verhältnis zu einer vollgültigen Ehe gestaltet werden soll. Mit Recht sagt Friedberg, [5]) hierin zeige sich deutlich, dass durch die erste Eheschliessung selbst nihil actum est. — Wo die Tridentinische Eheschliessungsform galt, musste natürlich auch die renovatio consensus unter ihrer Beobachtung erfolgen. Dieses wurde jedoch vom kanonischen Recht nicht streng

---

1) Scherer, Bd. II, S. 530.

2) vgl. c. 2. X. 2, 16: Quaeris, quando matrimonium accusare contingit, an statim sit carnale commercium suspendendum: Ad quod breviter respondemus, quod conjugum alteruter accusatus ante probatam accusationem iure quod habet in altero, privari non potest.

3) Aehnlich im heutigen Recht — Z. P. O. § 627, Abs. 1.

4) Bd. III, S. 419 Anm. 3.

5) a. a. O. S. 464.

durchgeführt, indem es beim Vorliegen eines geheim gebliebenen Ehehindernisses eine formlose Consenserklärung für genügend erachtete. Hier wurde also eine Ehe „nudo consensu“ geschlossen und dadurch, wie Friedberg (a. a. O.) sagt, „die bei Schliessung der nichtigen Ehe beobachtete Form, durch welche nihil actum est, nachträglich zu einer die gültige Ehe erzeugenden gemacht“. Diese Abweichung vom Prinzip entsprang Zweckmässigkeitsrücksichten; durch erneute Vornahme aller Formalitäten der Eheschliessung wäre es allbekannt geworden, dass eine Ehe überhaupt nicht vorgelegen habe. Das sollte vermieden werden.

Man hat behauptet,[1]) beim Vorliegen eines impedimentum dirimens privatum, wo nur die Partei zur Anstelluug der Klage berechtigt sei, handle es sich nicht um eine wahre Nichtigkeit, es liege bloss eine sog. „relative“ oder unentschiedene Nichtigkeit vor, d. h. eine solche, auf die sich nur bestimmte Personen berufen können, die aber zur Gültigkeit werde, wenn die betreffenden Personen ihr Recht nicht ausüben. Auf die Streitfrage, ob der Begriff „relative Nichtigkeit“ überhaupt haltbar ist, kann hier natürlich nicht eingegangen werden. M. E. liegt in ihm ein innerer Widerspruch: etwas nicht existentes kann nicht dadurch ins Leben gerufen werden, dass man die Berufung auf sein Nichtvorhandensein unterlässt. Jedoch abgesehen davon ist der Begriff für das katholische Eherecht jedenfalls deswegen nicht verwendbar, weil zwar die Nichtigkeit, nicht aber die Gültigkeit der Ehe schlechthin von der einen Person allein abhängig ist. Vielmehr kann auch der andere Teil durch die Weigerung, seinerseits die renovatio consensus vorzunehmen, stets das Zustandekommen einer wirklichen Ehe verhindern. Noch unrichtiger wäre es, in diesen Fällen ein gültiges Verhältnis anzunehmen, das wieder aufgehoben werden kann, und in der renovatio consensus einen Verzicht auf das Anfechtungsrecht[2]) zu sehen.

---

1) Savigny, System Bd. IV, S. 541 Anm. k., Windscheid-Kipp Bd. I, § 82 Anm. 8; vgl. auch v. Scheurl, Das gemeine deutsche Eherecht, S. 118.

2) Richter-Dove, a. a. O. § 269.

Dagegen spricht dieselbe Erwägung, wie gegen die Annahme einer relativen Nichtigkeit. Es zeigt sich also deutlich, dass der Gedanke einer solchen oder einer Rescissibilität dem kanonischen Recht durchaus fern lag. Insbesondere ist letztere Annahme noch aus dem Grunde unmöglich, weil das kanonische Recht die Ehe als Sakrament ansieht und für unlösbar hält. Es handelt sich also immer entweder um volle Gültigkeit oder volle Nichtigkeit. Was vor der Nichtigkeitserklärung bestand, war nur der Schein einer Ehe, denn der erste Eheschliessungsakt hatte als ungültiger nicht die Kraft, die Rechtsfolgen der Ehe hervorzubringen, nur das Erfordernis der Klage bewirkte, dass bis zur Nichtigkeitserklärung die wahre Sachlage ausser Acht bleiben musste. Diesen Standpunkt haben die Kanonisten immer vertreten. Man mag ihn für unlogisch halten, aber aufgegeben kann er von der katholischen Wissenschaft nicht werden, weil er der einzige mit dem Dogma verträgliche ist. Das Urteil im Nullitätsprozess hat demgemäss deklaratorische Bedeutung. Im Vincularprozess handelte es sich, wie Philipps[1]) sagt „um den Bestand oder Nichtbestand des ehelichen Bandes." Auch ist nur mit der deklaratorischen Natur des Urteils die Bestimmung des kanonischen Rechts vereinbar, dass das Urteil nie Rechtskraft erlangte [2]).

Nun hat aber das matrimonium nullum unter Umständen doch gewisse Rechtsfolgen einer gültigen Ehe, nämlich wenn eine sogen. Putativehe vorliegt, d. h. wenn mindestens ein Gatte beim Eheabschluss gutgläubig war. Zu seinen Gunsten und zu Gunsten der Kinder wird dann die Ehe als giltig behandelt. Es läge ein Widerspruch [3]) darin, wollte man sagen, das matrimonium nullum habe zwar an sich keine Kraft, Rechtswirkungen zu erzeugen, in gewissen besonderen Fällen

---

1) Lehrbuch des Kirchenrechts S. 702.

2) vgl. Friedberg a. a. O. S. 468; Richter-Dove a. a. O. S. 982.

3) So liest man z. B. bei v. Scheurl a. a. O. S. 386: „Es werden die Rechtswirkungen, welche die Ehe vermeintlich bisher erzeugt hatte, als wirklich daraus erwachsen betrachtet und demnach so aufrecht erhalten, wie sie bisher scheinbar bestanden haben." Aber wie kann etwas aufrecht erhalten werden, was nur scheinbar bestanden hat?

treten dieselben aber teilweise dennoch ein. Erklären lässt sich diese Erscheinung nur, wenn man sagt, dass die Putativehefolgen von ganz anderer rechtlicher Qualität sind. Sie sind nicht ein Teil der gewollten Wirkungen, wie sie sich nur an gültige Rechtsgeschäfte knüpfen können, sondern Folgen, die das Recht an die Tatsache der nichtigen Eheschliessung in der Art knüpft, wie auch nichtige Rechtsgeschäfte gewisse Rechtsfolgen erzeugen können, z. B. Straffolgen. [1]) Aus diesen Erörterungen ergibt sich, dass das matrimonium nullum den kontradiktorischen Gegensatz zur gültigen Ehe bildet, genau wie ein nichtiges Rechtsgeschäft zu einem gültigen, und mit Recht verwirft Scherer [2]) daher für das kanonische Recht den Gegensatz von „Nichtehe“ und „nichtiger Ehe“. [3])

b) Das preussische Landrecht [4]).

Eine andere Stellung nahm das preussische Landrecht zur Frage der Ehenichtigkeit ein. Es unterschied zwischen nichtigen („absolut nichtigen“) und ungültigen Ehen. Erstere sind solche, welche „wegen obwaltender Verbotsgesetze niemals bestehen können“ (Teil II., Titel 1 § 939). Als ungültig dagegen werden diejenigen bezeichnet, welchen zwar von Anfang an gesetzliche Hindernisse im Wege stehen, die aber doch in der Folge durch Hebung dieser Hindernisse verbindliche Kraft erlangen können (§ 934). Der rechtliche Charakter der ersteren erhellt deutlich aus zwei weiteren Vorschriften. Der § 952 erklärt ausdrücklich, aus einer solchen nichtigen Verbindung entständen unter den Verbundenen selbst niemals

---

1) Diesem Gedanken gibt Ehrlich, Das zwingende und nichtzwingende Recht S. 181 Ausdruck, allerdings bei Besprechung des heutigen bürgerlichen Rechts, wohin er nicht passt; vgl. w. u. § 2 e. a. E.

2) Scherer, Bd. II, S. 108, Anm. 57.

3) Wenn Dernburg die „nichtige Ehe“ des BGB. für eine Abart der Ehe erklärt, so könnte man die „nichtige Ehe“ des kanonischen Rechts im Hinblick auf die Rechtsfolgen der Putativehe eher als Abart der „Nichtehe“ bezeichnen.

4) Vgl. Dernburg, Preussisches Privatrecht, Bd. 3, S. 20 ff. 39 ff.; Förster-Eccius, Bd. 4, S. 13 ff.

Rechte und Pflichten, wie aus einer wirklichen Ehe. Es ist klar, dass diese Bestimmung nichts weiter, als ein Anwendungsfall des allgemeinen Rechtssatzes ist, dass das Recht einem nichtigen Rechtsgeschäft die Kraft nicht zugesteht, die von ihm beabsichtigte Gestaltung der Verhältnisse herbeizuführen[1]). An anderer Stelle des Landrechts (§§ 946, 947) heisst es, eine nichtige Ehe könne nach gehobenem Hindernis nur zur Gültigkeit gelangen, wenn sie auf die in den Gesetzen vorgeschriebene Art nochmals feierlich vollzogen werde[2]). Auch diese Vorschrift ist nur eine Bestätigung dessen, dass es sich hier um eine wahre Nichtigkeit von Anfang an handelt. Jedoch auch im preussischen Landrecht bedarf es bei der nichtigen Ehe, um den Schein einer Ehe zu zerstören, eines gerichtlichen Verfahrens (Nichtigkeitsklage § 951). Daraus folgt, dass auch die nichtige Ehe bis zur rechtskräftigen Entscheidung, wie eine wahre Ehe zu respektieren ist[3]). Wenn infolge davon die Rechtsfolgen wie bei einer gültigen Ehe zunächst doch in die Erscheinung treten, so kann das hier aber nicht bedeuten, dass die nichtige Ehe die Kraft hätte, solche zu erzeugen (das schliesst § 952 aus; vgl. oben), vielmehr ist es wieder nur eine Folge der prozessualen Regelung, dass die ursprünglich vorhandene Nichtigkeit zunächst nicht zu beachten ist. Dasselbe war ja nach kanonischem Rechte der Fall; die nichtige Ehe des preussischen Landrechts entspricht also in ihrer rechtlichen Konstruktion vollkommen dem matrimonium nullum des kanonischen Rechts.

Anders die ungültige Ehe des preussischen Landrechts. Bezeichnend dafür ist schon die Fassung des § 973, wo es heisst, solche Ehen könnten nur auf Anrufen desjenigen, welcher das Ehehindernis zu rügen nach dem Gesetze berechtigt ist, als nichtig aufgehoben werden. Vor der Nichtigkeitserklärung besteht ein Schwebezustand. Vollgültig wird die ungültige Ehe durch Genehmigung von Seiten des An-

---

1) Vgl. Windscheid-Kipp, Pandekten Bd. I., S. 423.

2) Die Ausnahme, die § 946 statuiert, ist eine uneigentliche, wie sich aus § 942 ergibt.

3) Dernburg, a. a. O. S. 22.

fechtungsberechtigten [1]). Diese charakterisiert sich als Ratihabition; sie ist ein Verzicht auf das Recht, die Nichtigkeit herbeizuführen [2]). Ferner konvalesziert die ungültige Ehe durch Ablauf der zur Erhebung der Klage gewährten Frist (§§ 975, 976). Kommt es aber zur Nichtigkeitserklärung, „so findet bei ungültigen Ehen alles das Anwendung, was von den absolut nichtigen Ehen ..... verordnet ist". Diese Bestimmungen lassen die Konstruktion aufs deutlichste hervortreten. Vor dem Urteil gilt demnach nicht dasselbe, wie von nichtigen Ehen, m. a. W. die ungültige Ehe *hat* die Kraft der gültigen Ehe, die gewollten Rechtswirkungen zu erzeugen. Hier handelt es sich also im Gegensatz zur Rechtslage bei der nichtigen Ehe um die Aufhebung eines bestehenden Verhältnisses mit rückwirkender Kraft. Wenn es in der Definition der ungültigen Ehe (vgl. S. 21) heisst, dass sie erst in der Folge durch Hebung der Hindernisse verbindliche Kraft erlangen können, so widerspricht das der Konstruktion nicht, denn damit ist nichts weiter gesagt, als dass sie von dem bezeichneten Moment an zu einer vollgültigen Ehe geworden ist, daher ihr Bestehen überhaupt nicht mehr in Frage gestellt werden kann. Besonders deutlich zeigt sich noch die konstruktionell verschiedene Behandlung der nichtigen und ungültigen Ehen in der Ausdrucksweise des § 57 (Teil II, Titel 2):

> „Werden ungültige Ehen in der Folge *als nichtig wieder aufgehoben*, so gilt von den daraus erzeugten Kindern alles, was von Kindern aus einer *an sich nichtigen* Ehe ..... verordnet ist".

c) Französisches Recht.

Nach französischem Recht kann eine mit einem trennenden Ehehindernis behaftete Ehe, wenn es ein öffentliches ist, von den Ehegatten, sowie von Dritten, die ein rechtliches Interesse an der Nichtigkeitserklärung haben, und vom Staats-

1) Dernburg a. a. O. S. 21 Anm. 6.
2) Koch, Allgem. Landrecht II, S. 16 Anm. 55.

anwalt als nichtig angefochten werden[1]); wenn es ein privates ist, von dem Ehegatten, der sich geirrt hat oder gezwungen wurde, und im Falle mangelnder Einwilligung auch von demjenigen, dessen Einwilligung erforderlich war[2]). Keineswegs hindert das Vorliegen eines solchen Hindernisses das Zustandekommen einer Ehe an sich. Dass der Code civil diese Auffassung nicht hat, ergibt sich deutlih aus den Art. 146 und 180. Im ersteren heisst es:

„Il n'y a pas de mariage lorsqu' il n'y a point de consentement."

Eine Ehe ist garnicht zustande gekommen; es liegt nicht einmal der Schein einer Ehe vor, weil ein wesentliches Erfordernis fehlt, nämlich der Consens. Von wesentlichen Bedingungen der Ehe, deren Mangel das Vorhandensein einer Ehe überhaupt ausschliesst, sind die Bedingungen der Rechtmässigkeit einer Ehe zu unterscheiden, nämlich das Nichtvorhandensein eines trennenden Hindernisses. Der Art. 180, der ein solches behandelt, sagt: „Le Mariage qui a été contracté . . . peut être attaqué . . ." Hier wird das Vorhandensein der Ehe vorausgesetzt und bloss die Möglichkeit, sie zu anullieren ist vorgesehen.

Der Code civil kennt einen derartigen konstruktionellen Unterschied, wie z. B. das preussische Recht zwischen wahrer Nichtigkeit und Anfechtbarkeit bei der Ehe nicht. Es gibt nur gültige Ehen und solche, die mittels der Nichtigkeitsklage (demande en nullité de mariage) angefochten werden können[3]). „Demande en nullité" ist im Code civil der technische Ausdruck für die Anfechtungsklage. Der Art. 1304[4]) trägt die Ueberschrift „Action en nullité ou en rescision"; es zeigt sich darin, wie der Code civil die Nullitätsklage auffasst. Sie führt zur Nichtigkeitserklärung, die das bestehende Rechtsverhältnis mit rückwirkender Kraft aufhebt[5]). Die Ehenichtigkeit ist

1) Code civil, Art. 184.

2) Code civil, Art. 180, 182.

3) vgl. Zachariae-Crome, a. a. O. Bd. 3 § 419, Anm. 3. § 433.

4) Zachariae-Crome, Bd. 2, § 312 ff.

5) vgl. auch Neubecker, Vertragslösung, S. 95, in der Zeitschr. f. vergl. Rechtswiss. Bd. 21.

auch in nicht wenigen Fällen eine heilbare[1]). Beim Vorliegen eines Privathindernisses immer durch Verzicht des Berechtigten auf sein Klagrecht, im Falle des impedimentum publicum des jugentlichen Alters (Art. 144) durch Zeitablauf (Art. 185). Auch das bestätigt uns wieder, dass die entgegen dem Hindernis geschlossene Ehe keine in Wahrheit nichtige ist. Im französischen Recht sind daher die Putativehefolgen[2]) (Art. 201, 202) auch anders aufzufassen, als im kanonischen Recht. Die Ehe erzeugt jedenfalls alle Wirkungen der gültigen Ehe. Besteht ein Teil von ihnen nach der Nichtigkeitserklärung noch fort, so bedeutet das nicht mehr, als dass die aufhebende und rückwirkende Kraft des Urteils zu Gunsten des gutgläubigen Ehegatten und der Kinder beschränkt ist. Hier sind die Putativehefolgen daher gleichen Charakters, wie wirkliche Willenswirkungen eines Rechtsgeschäfts[3]).

d) Sächsisches Recht[4]).

Das sächsische Recht unterscheidet:

1. „ohne weiteres nichtige" Ehen, d. h. solche, bei deren Eingehung die erforderliche Form nicht beachtet worden ist (§ 1620). Eine solche wird als überhaupt nicht geschlossen angesehen und ist ohne jede Rechtsfolgen. Ist jedoch nur ein Formfehler gemacht worden, der wenigstens einem Teil unbekannt geblieben ist, so kann auch eine solche Ehe bis zu dem Zeitpunkt wo die bona fides aufhört, zu Gunsten des gutgläubigen Teils teilweise (in erbrechtlicher Beziehung) die Rechtswirkungen einer gültigen Ehe haben (§ 2054).

2. Ehen, die gegen ein gesetzliches Verbot eingegangen sind. Solche sind nicht ohne Weiteres nichtig, sondern nur „wenn der Richter sie dafür erklärt" (§ 1621). Schon darin zeigt sich, dass das sächsische Recht solche Ehen für nicht

1) Zachariae-Crome, Bd. 3, § 434.

2) eod. Bd. 3, § 435.

3) eod. § 435, Anm. 7.

4) vgl. Siebenhaar, Lehrbuch des sächsischen Privatrechts, Seite 184 ff.; derselbe, Kommentar zu dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, Bd. III.

von Anfang an nichtig, sondern für mangelhaft und aufhebbar hält. Mit Recht lehrt daher Siebenhaar (S. 185 f.): „Wird eine nichtige Ehe durch eherichterlichen Spruch für nichtig erklärt, so werden alle rechtlichen Folgen derselben, auch für die Vergangenheit so aufgehoben, wie wenn die Ehe nicht geschlossen wäre.“ Die Konstruktion des sächsischen Rechts entspricht also in diesem Punkt der des Code civil und des preussischen Landrechts in Bezug auf die ungültigen Ehen.

3. Endlich kennt das sächsische Gesetzbuch noch „anfechtbare“ Ehen. Es sind solche, die, wie die nichtigen zunächst alle Rechtsfolgen der Ehe haben, sich von den nichtigen jedoch dadurch unterscheiden, dass ihre Aufhebung nur für die Zukunft erfolgt. Rückwirkende Kraft hat das auf die Anfechtung hin ergehende Erkenntnis nicht (Siebenhaar S. 187).

e) Das bürgerliche Gesetzbuch.

Wenden wir uns nun wieder der Betrachtung unseres heutigen bürgerlichen Rechts zu, so wird es zunächst von Interesse sein die in der Litteratur betreffend die rechtliche Natur des Urteils und das Wesen der „nichtigen“ Ehe geäusserten Ansichten zu verfolgen. Es lassen sich derer 3 unterscheiden. Eine Anzahl von Schriftstellern [1]) erklärt, der Begriff „Nichtigkeit“ bei der Ehe sei kein anderer, als sonst, daher sei die nichtige Ehe hinsichtlich der gewollten rechtlichen Wirkungen so anzusehen, als ob sie nicht geschlossen wäre. Die wahre Sachlage trete aber ausser dem Fall des § 1317 Abs. 1 nur ans Licht, wenn die Nichtigkeit im Wege der Klage geltend gemacht sei. Immerhin sei die Ehe auch in diesen Fällen von vornherein eine wahrhaft nichtige und bis zur Nichtigkeitserklärung bestehe nur der Schein einer Ehe. Dem Urteil im Nichtigkeitsprozess komme daher nur deklaratorische Bedeutung zu. Diese Ansicht beruht im wesentlichen auf dem Wortlaut des Gesetzes. Ueber ihre weiteren Stützpunkte wird noch im Folgenden die Rede sein.

---

1) Planck IV. S. 48 ff. Opet. Bem. II zu § 1329. Schmidt S. 90, Staudinger IV, S. 73 ff., Thiesing S. 86 ff., Kohler a. a. O. S. 9 ff., Buhl S. 153 u. a. Denselben Standpunkt nehmen auch die Motive (IV 44) ein.

Eine zweite Gruppe von Schriftstellern behauptet, dass die sogenannte „Ehenichtigkeit“ von dem allgemeinen Begriff „Nichtigkeit“ scharf zu trennen sei. Sie sei vielmehr in sofern der Anfechtbarkeit an die Seite zu stellen, als es sich auch bei ihr darum handle, etwas Vorhandenes erst zu vernichten. Die „nichtige Ehe“ sei demgemäss ein bestehendes Rechtsverhältnis mit allen Wirkungen der Ehe und das Urteil im Aufhebungsprozess habe daher konstitutiven Charakter, indem es das wirklich bestehende Eheverhältnis aufhebe. Das Recht, die Nichtigkeit herbeizuführen, charakterisiere sich als sogenanntes „Gestaltungsrecht“ [1]), oder „Recht des rechtlichen Könnens“ [1]), das zu seiner Verwirklichung eines Richterspruchs bedarf. Diese Auffassung wird vertreten von Hellwig (Anspruch und Klagerecht S. 472, Rechtskraft S. 65 ff., Lehrbuch 1 S. 239 Anm. 42), Langheineken (Urteilsanspruch S. 244), Gaupp-Stein (I. S. 545), Seuffert (II. S. 186), Seckel (Gestaltungsrechte S. 240 Anm. 1), Dernburg (IV. S. 68), Zitelmann (Eheanf. S. 153) [3]).

---

1) Seckel, Gestaltungsrechte.

2) Zitelmann, Internationales Privatrecht II. S. 32.

3) Auch Mitteis (2 Fragen aus dem bürgerlichen Recht S. 6 Anm. 8) scheint dieser Gruppe nahe zu stehen. Er führt aus, dem Urteil wohne zwar ein konstitutives Element inne, insofern Dritte erst nach dem Urteil die Nichtigkeit geltend machen können, ferner insofern, als bis zu dem Urteil noch strafbarer Ehebruch möglich sei und die vor demselben erzeugten Kinder bei bona fides eines Ehegatten als ehelich gelten; darüber hinaus halte er das Urteil für ein bloss deklaratives. Wenn die „darüber hinaus“ bestehende deklarative Wirkung des Urteils darin bestehen soll, dass das Vorliegen des Gestaltungsrechts rechtskräftig festgestellt wird, dann stimmt die Auffassung von Mitteis mit der im Text vortretenen vollkommen überein. Leider führt M. seinen Gedanken nicht näher aus. — Widersprechend sind die Ausführungen Endemanns. S. 219 heisst es: die nichtigen Ehen seien von Anfang an nichtig; S. 157 sollen sie bloss „vernichtbar“ sein. Das Urteil im Nichtigkeitsprozess ist nach Endemann (S. 291, § 163) „in so weit rechtsgestaltend, als der innere Mangel der nichtigen Ehe nur durch Klage ausgelöst werden kann“, enthält jedoch auch ein „feststellendes Element“, indem es „die Rechtslage dahin aufklärt, dass die bisher provisorisch wirksame scheingültige Ehe von Anfang an nichtig war“. Immerhin scheint Endemann das

Als Vertreter der dritten Ansicht sei Kisch[1]) genannt. Dieser Schriftsteller steht der ersten Gruppe sehr nahe. Er unterscheidet sich von ihr dadurch, dass er das in Frage stehende Urteil als „auslösendes“ bezeichnet. Ein solches sei, sowohl vom konstitutiven als vom reinen Feststellungsurteil zu unterscheiden. Es komme zu einem solchen, wenn der Gesetzgeber einen ausserprozessualen Tatbestand, dem es an gewissen Gültigkeitserfordernissen fehle, an und für sich als unfähig erklärt, die normale Rechtswirkung hervorzurufen, jedoch verbietet die Unwirksamkeit zu beachten, bis sie durch Urteil ausdrücklich bestätigt ist. Das Urteil konstatiere den Nichtbestand derart, dass er nun allgemein geltend gemacht werden könne, es habe somit komplementären, auslösenden Inhalt, sei nicht wirkende Ursache, sondern ergänzende Bedingung der Rechtsänderung. Als Beispiele für diese Urteilsart werden die Urteile im Ehenichtigkeits- und Eheanfechtungsprozess genannt. Demgemäss ist auch nach dieser Ansicht der Nichtbestand der Ehe schon vor dem Urteil vorhanden. Diese Ansicht stimmt also insofern mit der ersten überein, als auch hier durch das Urteil keine unmittelbare Aenderung der materiellen Rechtslage herbeigeführt wird. Den Ausführungen Kisch's kommen diejenigen Kohler's (a. a. O.) besonders nahe, indem auch er lehrt, dass das Urteil zwar nicht die Ursache, wohl aber die Bedingung der eintretenden Rechtswandlung sei. Allerdings nimmt auch Kohler reines Feststellungsurteil an. Da

---

rechtsgestaltende Element für das wesentliche zu halten, denn S. 220 heisst es von den anfechtbaren Ehen im Gegensatz zu den nichtigen, „hier schaffe das Urteil nicht die Nichtigkeit“. Das Urteil im Anfechtungsprozess nennt E. ein „eigenartiges Bestätigungsurteil“, das zur rechtsgestaltenden Willenserklärung des Anfechtungsberechtigten „hinzukommen“ müsse, um die Anfechtung der Ehe zu vollenden. — Moszkowski (Der Schutz Dritter gegen die Folgen der Nichtigkeit der Ehe, S. 187) nennt das Urteil im Nichtigkeitsprozess konstitutiv, weil es die „spärlichen Rechtsbeziehungen zwischen den Scheinehegatten“, die sich aus den §§ 1309, 1344, 1345, 1699 ergeben, und das „Substanzierungshindernis“ des § 1329 ex nunc aufhebt. M. übersieht dabei, dass die Aufhebung dieses „Substanzierungshindernisses“ tatsächlich einer Rechtsgestaltung ex tunc gleichkommt.

1) Beiträge S. 86 ff. 99 ff.

von Kisch die ganze Frage am eingehendsten behandelt ist, und die Gründe, die gegen Annahme eines konstitutiven Urteils sprechen sollen, von ihm erschöpfend aufgeführt werden, werden wir insbesondere auf seine Ausführungen genauer eingehen.

Gegenüber den Vertretern der ersten Ansicht sei aber zunächst auf Folgendes hingewiesen: Auffallenderweise stützt sich nämlich ein grosser Teil dieser Schriftsteller[1]) auf die Behauptung, dass das BGB. auf dem gleichen Standpunkt stehe, wie der erste Entwurf, dass insbesondere der § 1329 BGB. dasselbe besage, wie der § 1252 des ersten Entwurfs. Letzteres ist zwar auch unserer Meinung nach richtig enthält aber zugleich die Widerlegung der genannten Schriftsteller. Der § 1252 Abs. 1 sagt nämlich:

> Eine nichtige Ehe, deren Nichtigkeit nicht auf einem Formmangel beruht, ist solange als gültig anzusehen, bis sie aufgelöst, oder für ungültig erklärt ist.

Aus dieser Vorschrift kann m. E. nur geschlossen werden, dass auch die nichtige Ehe die Rechtsfolgen einer gültigen Ehe tatsächlich hat, denn das bedeuten doch wohl die Worte: „ist als gültig anzusehen". Planck u. s. w. ziehen diesen Schluss aber nicht, sondern stehen auf dem Standpunkt, dass auch die Rechtsfolgen der Ehe nur als eingetreten anzusehen sind, in Wahrheit aber nicht eintreten. Diese Meinung, die allerdings die notwendige Voraussetzung der Lehre von der deklarativen Natur des Urteils ist lässt sich aber aus § 1252 Abs. 1 des 1. Entwurfs gewiss nicht ableiten. Konsequenter sind daher die Ausführungen Thiesings (a. a. O.), der zwar auch die deklarative Natur des Urteils lehrt, sich aber nicht auf den erwähnten Paragraphen des ersten Entwurfes beruft. Jedoch, wenn man auch den gekennzeichneten Fehler nicht begeht, ist die Ansicht vom reinen Feststellungsurteil schon aus folgendem Grunde nicht haltbar: Die ZPO. (§ 606) unterscheidet bekanntlich zwischen der Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens

---

1) Vergleiche bes. Planck a. a. O., sowie die anderen Kommentare a. a. O.

einer Ehe und der Nichtigkeitsklage. Schon daraus lässt sich schliessen, dass ihr Gegenstand ein verschiedener ist. Trotzdem lehrt Planck (Bem. IV § 1323), dass es sich auch bei der Nichtigkeitsklage um die Feststellung handelt, ob eine Ehe besteht, oder nicht. Wäre dem so, so müsste die Abweisung der Nichtigkeitsklage gleichbedeutend mit der Feststellung des vollgültigen Bestehens der Ehe sein[1]). Daraus würde aber weiter folgen, dass (wegen § 629 Abs. 1. Satz 1 ZPO.) gegen dieselbe Ehe auch aus einem andern Nichtigkeitsgrunde nie mehr eine Nichtigkeitsklage erhoben werden könnte, weil sie contra rem judicatam wäre. Sollte das die Meinung Plancks sein? Das können wir kaum annehmen, gilt doch nicht einmal der § 616 ZPO. für die Nichtigkeitsklage.

Ferner erhellt die Unrichtigkeit von Planck's Auffassung, wie schon Helllwig[2]) mit Recht ausführt, daraus, dass gegen die Nichtigkeitsklage die Klage auf das Bestehen oder Nichtbestehen der Ehe als Widerklage zulässig ist (ZPO. § 633). Wäre die Nichtigkeitsklage auch Feststellungsklage, so wäre eine Widerklage der angegebenen Art unzulässig[3]), weil völlig überflüssig, da sie nur das bejahen würde, was die Hauptklage verneint, und abgesehen davon, wäre gegen die Widerklage gemäss § 263 Ziffer 1 ZPO. die Einrede der Rechtshängigkeit begründet, weil es sich um dieselbe Streitsache handeln würde[4]). Die Vorschrift des § 633 ist demnach nur dann verständlich, wenn die Nichtigkeitsklage etwas anderes ist als eine Fesstellungsklage. Hiergegen ist von Kohler (Zeitschr. f. Zivilproz. Bd. 29 S. 11) eingewandt worden, der § 633 ZPO. sei in dieser Hinsicht nicht beweiskräftig, weil nach § 638 ZPO. auch auf das Nichtbestehen der Ehe Klage und Widerklage zulässig sei. Der Einwand Kohler's ist aber nicht durchschlagend, denn der § 638 ZPO. besagt m. E. nur, dass auf die Feststellungsklage (die positive oder

---

1) Ebenso Hellwig Rechtskraft S. 66 3.

2) a. a. O.

3) Vergl. Kisch S. 101.

4) Seuffert Bem. 2. I. c. 3 zu § 263, Gaupp-Stein Bemerk. 2. A. 3. b. zu § 293 Oertmann Zeitschrift f. Zivilprozess Bd. 22 S. 25.

negative) eine Nichtigkeitsklage als Widerklage zulässig sei. Auf die positive Feststellungsklage dürfte auch hier die negative als Widerklage unzulässig sein und umgekehrt — aus den oben angeführten Gründen[1]).

Ein weiteres schlagendes Argument gegen die Annahme einer Feststellungsklage ergibt sich aus § 1309 Abs. 2 BGB., doch kann darauf erst in anderem Zusammenhang eingegangen werden[2]).

Aus alledem ergibt sich, dass die Nichtigkeitsklage jedenfalls eine reine Feststellungsklage nicht sein kann[3]). Muss sie aber dann notwendig eine Klage auf konstitutives Urteil sein? Wenn die Einteilung der Urteilsarten in Leistungs-, Feststellungs- und konstitutive Urteile, wie sie wohl heute der herrschenden Lehre entspricht[4]) richtig und ausreichend ist, bleibt allerdings nichts anderes übrig, als die Nichtigkeitserklärung der Ehe für ein konstituives Urteil zu halten, denn, dass sie ein Leistungsurteil sei, dürfte wohl kaum jemand behaupten wollen, weil ein Tun oder Unterlassen des Beklagten dabei nicht in Betracht kommt.

Nun hat sich aber gerade Kisch zur herrschenden Urteilslehre in Gegensatz gestellt. Er stellt unter anderem die neue Art des „auslösenden" Urteils auf und rechnet zu diesem, wie oben erwähnt, das Urteil im Ehenichtigkeits- und Anfechtungsprozess.

Wir haben oben das „auslösende" Urteil und seine Voraussetzungen im Anschluss an die Ausführungen Kisch's charakterisiert, und man wird diesem Schriftsteller ohne wei-

---

1) Vergl. dazu Seuffert Bem. 3. zu § 633.

2) Vergl. § 4 a. E.

3) Das erkennt auch Kisch S. 101 Anm. 78 an.

4) Heute leugnet, soweit ich sehe, nur noch Kohler die Existenz von Gestaltungsurteilen. Gegen ihn vergl. bes. Langheineken. a. a. O. S. 235. Neuerdings verteidigt Kohler seinen Standpunkt in dem Aufsatze „Die sogenannten Gestaltungsurteile (Rhein. Zeitschr. H. 1. S. 39 ff.), ohne neue Argumente beizubringen. Hier findet sich (S. 41) sogar der Satz: „Ist es eine Kündigungs- oder Auflösungserklärung, so führt sie zur Aufhebung und Auflösung, aber nicht sofort, sondern erst wenn die gestreckte Rechtshandlung zum Ziele gelangt, also mit dem rechtskräftigen Urteil (!).

teres zugeben können, dass die Rechtslage an sich damit „ziemlich kompliziert“ wird (Kisch, Seite 86), muss man sich doch einerseits vorstellen, dass sich in Wahrheit an den fraglichen Tatbestand (die Ehe) garkeine Rechtsfolgen knüpfen, andererseits aber anerkennen, dass dieselben bis zum Urteil ein „Scheindasein“ führen, und zwar ein so wirkungsvolles, dass niemand ihr Nichtvorhandensein behaupten darf. Man könnte fast geneigt sein, diese Ansicht schon daraufhin als widerspruchsvoll zurückzuweisen, und dieser Gedanke veranlasste wohl Langheineken (S. 245) schon im § 1329 und § 1343 BGB die Entscheidung der Streitfrage zu sehen, indem er behauptet, dass die Rechtswirkungen, deren Nichtvorhandensein niemand geltend machen kann, auch tatsächlich existieren. Es handele sich um wirklich bestehende, nicht bloss um scheinbare, in Wahrheit nicht vorhandene Rechtsfolgen. Durch das mit rückwirkender Kraft ausgestattete Urteil würden sie erst vernichtet. Man könnte diese Ansicht auch dahin fassen, dass das Erfordernis einer Nichtigkeitsklage an sich schon ein Beweis dafür sei, dass eine wirkliche Nichtigkeit vor Durchführung der Klage garnicht vorhanden ist. Diese Meinung findet sich denn in der früheren Litteratur auch schon mehrfach vertreten, so sagt z. B. Wendt[1]):

> „Wo ein besonderes Verfahren und ein richterliches Urteil erforderlich ist, um ein vorhandenes zu entkräften und zu beseitigen, liegt in Wahrheit nicht mehr ein Fall der Nichtigkeit, sondern schon Anfechtbarkeit vor.“

Aehnlich spricht sich Mitteis[2]) aus:

> „Sowie in irgend einem Punkt, sei es in der subjektiven Beschränkung des Anfechtungsrechts, sei es in der Notwendigkeit eines förmlichen Aufhebungsverfahrens, das Geschäft eine gewisse Reaktion zu äussern vermag, da ist es nicht mehr nichtig, da muss gegen dasselbe angefochten werden.“

Diese Meinung hat jedenfalls die strenge Logik auf ihrer

---

1) Wendt, Pandekten S. 166. Vergl. auch S. 698.

2) Zur Lehre von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte (Iherings Jahrbücher, Bd. 28, S. 117 f.).

Seite, und zweifellos wird man da, wo eine Nichtigkeitsklage vorgeschrieben ist, in der Regel annehmen können, dass es sich darum handelt, etwas Vorhandenes aufzuheben — jedoch auch das kanonische Recht und das preussische Landrecht kannten die Nichtigkeitsklage beim matrimonium nullum und der „nichtigen" Ehe, und hier wenigstens war trotzdem die Nichtigkeit sicher eine ursprüngliche: Im kanonischen Recht wegen der Unmöglichkeit der Annahme einer Rescissibilität infolge der Unauflöslichkeit des matrimonium, und im preussischen Landrecht wegen der alle Zweifel ausschliessenden Bestimmung, dass „nichtige" Ehen keine Rechtsfolgen haben könnten (Landrecht, Teil II, Titel 1 § 952).

Gewiss liegt in einer solchen Konstruktion ein Widerspruch, doch wäre es immerhin denkbar, dass auch das heutige bürgerliche Recht in dieser Hinsicht noch vom früheren Recht beeinflusst wäre — und dann allerdings wäre Kisch im Recht. Wir werden daher im Gesetz selbst nach anderen Anhaltspunkten suchen müssen, die uns die vom Gesetzgeber gewollte Auffassung erkennen lassen. Finden wir solche, die derartig zwingend sind, wie die des kanonischen Rechts und des Allgemeinen Landrechts, so werden wir nicht mehr an der Auffassung des BGB zweifeln können. Mit Recht sagt Kisch[1]):

> „Lässt sich die vom Gesetzgeber eingenommene Stellung sicher ermitteln, und mit seinen einzelnen positiven Rechtsätzen in Einklang bringen, so hat die wissenschaftliche Auslegung den erkannten Standpunkt, mag sie ihn für zweckmässig erachten, oder nicht, als den für sie massgebenden hinzunehmen und ihm die eigene Konstruktion anzupassen."

Kisch führt nun, um den Standpunkt des Gesetzes festzustellen, eine Reihe von Umständen auf, die gegen die Annahme eines konstitutiven Urteils und gegen die Auffassung der Ehenichtigkeit als Aufhebbarkeit sprechen sollen. Wir betrachten diese im einzelnen. Zunächst weist Kisch (S. 98) auf den Wortlaut des Gesetzes hin. Nach diesem sei die Ehe nichtig in den Fällen der §§ 1323 bis 1328. Die Nichtigkeit

1) Kisch a. a. O. S. 90.

könne aber, solange nicht die Ehe für nichtig erklärt oder aufgelöst ist, nur im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden (§ 1329 Abs. 1). Die Nichtigkeit bestehe also (!) von vornherein, könne aber nur auf Grund des Urteils geltend gemacht werden. Daraus ergebe sich, dass diese (d. h. Kisch's) Konstruktion vom Gesetzgeber mit voller Absicht gewählt worden sei, wie sich das auch aus den Materialien des Gesetzes ergebe. Die Motive (IV, 56 f.) sagen nämlich:

> „Dabei ist . . . . . das Verhältnis nicht so zu denken, als ob die Ehe durch die Nichtigkeitserklärung überhaupt erst zu einer nichtigen würde, sondern das Urteil hat nur deklarative Bedeutung. Die Eigentümlichkeit des Verhältnisses besteht also darin, dass die schon vorhandene Nichtigkeit bis zur Nichtigkeitserklärung der Ehe incidenter nicht geltend gemacht werden kann.

Zunächst ist hier gegen Kisch einzuwenden, dass die Aeusserungen der Motive selbstverständlich für die Auslegung des Gesetzes belanglos sind, zumal wenn man den „Standpunkt des Gesetzes" in einer Frage feststellen will. Was aber den Wortlaut, insbesondere die Ausdrücke „Nichtigkeit" und „nichtig", anbetrifft, so kann dieser deshalb nicht als Argument ins Gewicht fallen, weil er ja gerade der Ausgangspunkt der Streitfrage ist. Es fragt sich eben, ob diese Ausdrücke hier den gewöhnlichen Sinn haben oder nicht.[1]) Ferner ist die Bestimmung, dass die Nichtigkeit nur auf Grund

---

1) Es sei hier an folgende Ausführungen von Mitteis a. a. O. S. 117 erinnert, die zwar einem Aufsatz aus dem Jahre 1889 über das Gemeine Recht entstammen, an dieser Stelle aber auch auf die Vorarbeiten des BGB Bezug nehmen; Mitteis meint: Gegen diese Nomenklatur (nämlich „nichtige Ehe") sei nicht viel einzuwenden; ja es sei vielleicht ein Vorteil und beruhe jedenfalls auf richtiger Beobachtung, dass gerade den praktisch weitgehendsten Fällen der Anfechtung schon der Name „Nichtigkeit" gegeben werde. Zu den praktisch weitgehendsten Anfechtungsfällen gehöre dieser aber, weil das Rescissionsverfahren gegenüber der Ehe von jedem beantragt werden kann. — Vergl. ferner Leonhard, Das persönliche Eherecht des Entwurfs eines BGB (Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. X, S. 14): „Es liesse sich wohl daran zweifeln, ob der Unterschied zwischen nichtigen und anfechtbaren Geschäften bei der

des Urteils geltend gemacht werden dürfe, weil eine Folge des Erfordernisses eines Nichtigkeitsverfahrens, eher ein Beweis für die von uns vertretene Auffassung, wie schon vorher betont wurde.

Einen weiteren Beweis gegen die konstitutive Natur des Urteils will Kisch darin sehen, dass das Urteil hier rückwirkende Kraft habe. Konstitutiven Urteilen komme eine solche wenigstens regelmässig nicht zu, daher würde die Annahme dieser Urteilsart die Konstruktion hier wesentlich erschweren. Es ist richtig, dass die gewöhnlich als Typen genannten konstitutiven Urteile, wie z. B. das Scheidungsurteil, das Urteil, das einen ehelichen Güterstand aufhebt und andere, rückwirkende Kraft nicht haben. Ein wesentliches Merkmal für diese Urteilsart ist aber ihre Abwesenheit keineswegs. So wirkt z. B. in die Vergangenheit das Urteil auf Herabsetzung einer unverhältnismässig hohen Vertragsstrafe (BGB § 343), denn die Schuld gilt, soweit die Strafsumme vom Richter zu hoch befunden wird, als von Anfang an nicht entstanden. Auch dieses Urteil ist konstitutiv [1]), es hebt das Schuldverhältnis auf. Jedoch wenn man auch davon absieht, ist nicht einzusehen, was gegen die hier verteidigte Konstruktion sprechen sollte. Dem Gesetz ist sie sonst nicht unbekannt: Zweifellos ist der Privatrechtsakt der Anfechtung konstitutiv und auch er wirkt nach rückwärts [2]). Es ist somit nicht ersichtlich, warum die rückwirkende Kraft des Urteils die Konstruktion erschweren soll. Gezwungener ist jedenfalls die Konstruktion, welche die

---

Ehe angebracht war. Das Merkmal, an das man ihn sonst anzuknüpfen sucht, und dem auch die allgemeinen Vorschriften des Entwurfes entsprechen, scheint hier zu versagen, da ja auch der nichtige Ehebund nur durch eine besondere Erklärung seiner Kraft völlig beraubt werden kann, während sonst nur anfechtbare nicht aber nichtige Geschäfte eine vorläufige Gültigkeit ihres Inhalts geniessen."

1) So auch Kisch selbst, S. 77. Ebenso Hellwig, Anspruch, S. 460. Langheineken, S. 231, und Planck, Bem. 1 zu § 343. A. A. Hölder, Das Recht 1900, S. 161 ff., Kohler, Zeitschrift für Zivilproz. Bd. 29, S. 13.

2) Gegen Kohler, der dieselben Bedenken, wie Kisch geltend macht, vergl. Hellwig, Lehrbuch, S. 237 Anm. 33 a.

von jedem anzuerkennenden Rechtsfolgen der Ehe für „Truggebilde“ von blosser „Scheinexistenz“ erklärt.

Endlich weist Kisch noch darauf hin, dass der Erfolg, den das Urteil habe, noch an einen anderen Tatbestand geknüpft sei, nämlich die Auflösung der Ehe. Dass auch dann die Nichtigkeit unbeschränkt geltend gemacht werden könne, sei nicht wohl zu erklären, wenn sie nicht als solche schon vorher bestanden habe. Zwar „schlechthin unvereinbar“ mit der Annahme eines konstitutiven Urteils sei auch das nicht, es spräche jedoch eine starke Vermutung dafür, dass man es mit einem rechtgestaltenden Urteil nicht zu tun habe [1]). Zweifellos liegt hierin das stärkste Argument für die gegnerische Ansicht, und wenn man trotzdem an dem konstitutiven Charakter des Urteils festhalten will, so muss man dem Eheauflösungsgrund die gleiche aufhebende Kraft zuschreiben, wie das Urteil sie hat [2]). Das ist aber durchaus möglich: Wenn das Gesetz erklärt, der Erlass eines Urteils soll neben der Wirkung, dass es ein Rechtsverhältnis aufhebt, noch die Wirkung haben, dass von nun an auch die schon eingetretenen Wirkungen desselben, als nie in die Erscheinung getretene anzusehen sind, so kann es ebenso gut erklären, dass auch andere Tatbestände, die schon ihrer Natur nach eine das Rechtsverhältnis aufhebende Wirkung haben auf die Behandlung der Vergangenheit denselben Einfluss haben sollen. Unvereinbar, und das gibt ja auch Kisch selbst zu, ist beides jedenfalls nicht.

Man wird mithin zur gegnerischen Beweisführung im Ganzen sagen müssen, dass sie keine schlagende ist. Es bleibt schliesslich nichts, als eine starke Vermutung für die Richtigkeit ihrer Konstruktion übrig. Wenn es gelingt, in der gesetzlichen Regelung unserer Materie Momente zu finden, die mehr als Vermutungen für die Richtigkeit der anderen Konstruktion bieten, so wird sich an der vom Gesetzgeber eingenommenen Stellung nicht mehr zweifeln lassen, und in der Tat werden sich welche finden lassen, die nur verständlich sind, wenn man der Nichtigkeitserklärung der Ehe aufhebende Kraft

1) Kisch, S. 89.
2) Langheineken, S. 246.

zuschreibt, und demgemäss auch die „nichtige“ Ehe für ein wirksames, wenn auch fehlerhaftes, Eheverhältnis hält. Es sind das die Bestimmungen der §§ 1324 Abs. 2, 1325 Abs. 2, 1328 und 1341 Abs. 2 Satz 2. Nach diesen kann eine „nichtige Ehe“ in vielen Fällen zu einer vollgültigen werden:

1) Wenn die ins Heiratsregister eingetragene, wegen Formmangels nichtige Ehe, bestimmte Zeit (10 resp. 3 Jahre) hindurch bestanden hat (§ 1324 Abs. 3),

2) wenn ein Geschäftsunfähiger die Ehe geschlossen und nach Wegfall der Geschäftsunfähigkeit die Ehe bestätigt (1325 Abs. 2),

3) wenn eine Ehe gegen das Verbot des § 1312 (Ehebruch) geschlossen wurde, und nachträglich Befreiung von dem Verbot erwirkt wird,

4) in allen Fällen, wo nach Erhebung der Anfechtungsklage, die Bestätigung der nichtigen Ehe erfolgt (vergl. Seite 14).

Das alles wäre unverständlich, wenn der Begriff der Nichtigkeit der Ehe dem allgemeinen Begriff „Nichtigkeit“ entsprechen würde, denn Nichtigkeit von Rechtsgeschäften ist an sich unheilbar. Hier enthüllt sich also der rechtliche Charakter der „nichtigen Ehe“ deutlich. Mit Recht sagt Dernburg[1]):

„Geheilt werden kann nur, was besteht, aber Mängel hat, nicht was ein totes Gebilde ist. Eine nichtige Ehe ist hiernach eine mit besonders schweren, mit gemeinschädlichen Mängeln behaftete Ehe“[2]).

Besonders hervorgehoben zu werden verdient der zweite und vierte der oben genannten Fälle, nach denen die Heilung durch Bestätigung eintritt. „Bestätigung“ ist der technische Ausdruck des BGB für den Verzicht auf das Aufhebungsrecht[3]). Sie entspricht in dieser Hinsicht vollkommen der Bestätigung

1) Dernburg, Bürgerliches Recht, Familienrecht, S. 68.

2) Mit Recht bemerkt auch Endemann, S. 157, die Heilungsmöglichkeit erkläre sich nur dadurch, dass die nichtige Ehe vernichtbar sei.

3) Vergl. Hellwig, Rechtskraft, S. 452, Anm. 5.

einer anfechtbaren Ehe (§ 1337). — Diese Fälle der Heilbarkeit der Nichtigkeit sind es denn auch, die den Vertretern der hier bestrittenen Ansicht die meisten Schwierigkeiten bereiten. Sie sind eben mit einer „ursprünglichen" Nichtigkeit schlechterdings unvereinbar. Die Motive (IV, 50) sprechen daher von einer „Durchbrechung des Prinzips der Nichtigkeit", Thiesing (S. 124, Anm. 73) nennt es eine „Ausnahmevorschrift" usw. Ganz ungezwungen erklären sie sich aber, wenn man die Ehenichtigkeit als Aufhebbarkeit[1]) auffasst.

Jedoch wir werden unser Ergebnis noch gegen einen Einwand zu verteidigen haben. Ist es nämlich richtig, dass die Bestätigung der nichtigen Ehe einen Verzicht auf das Aufhebungsrecht bildet? — Von Planck[2]) z. B. wird das geleugnet. Er behauptet, der Ausdruck „Bestätigung" des § 1325 schliesse sich der Ausdrucksweise des § 141 an. Danach wäre die „Bestätigung" als erneute Vornahme des Rechtsgeschäfts, mithin als erneute Eheschliessung zu beurteilen. Aus dem Begriff der Bestätigung folge auch, dass sie, da es sich um Bestätigung einer Vertragserklärung handele, dem anderen Teile gegenüber vorzunehmen sei. Der erste Entwurf (§ 1251) habe verlangt, dass der Gatte „die Eheschliessung gegenüber dem anderen Teile genehmige", und die Abänderungen der zweiten Kommission, nämlich die Weglassung der Worte „gegenüber dem anderen Teile" und Ersetzung des Ausdrucks „Genehmigung" durch „Bestätigung" hätten keine sachliche Aenderung bezweckt. Dass solche Konstatierungen für die Auslegung des Gesetzes nicht in Betracht kämen, bemerkt schon Hellwig[3]) mit Recht. Aus dem Gesetze selbst ist es auch gar nicht zu entnehmen, dass die „Bestätigung" ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft ist. Sie ist überhaupt nicht Bestätigung einer Vertragserklärung, schon deswegen nicht, weil eine Bestätigung eines Vertrages immer

1) Diesen Ausdruck braucht Hellwig Rechtskraft S. 452. Mit Recht spricht auch Crome, Bd. 4, S. 18 f. von einer „Annäherung der Nichtigkeit an die Anfechtungsgrundsätze".

2) Planck, Bem. 2 zu § 1325. Aehnlich Staudinger, Bem. 3 eod. A. Schmidt, Bem. 3 eod., Opet Bem. 2 eod.

3) Hellwig, Rechtskraft, S. 452 Anm. 5.

von allen Kontrahenten zugleich ausgehen muss[1]). Die Bestätigung der nichtigen Ehe jedoch kann gegen ausdrücklichen Widerspruch des anderen Gatten erfolgen und wirken[2]). Eine Bestätigung im Sinne von § 141 BGB. kann ferner auch deswegen nicht vorliegen, weil eine solche als erneute Vornahme des Rechtsgeschäfts allen Erfordernissen desselben entsprechen müsste; der § 1325 Abs. 2 Satz 2 erklärt aber ausdrücklich, dass die Bestätigung der für die Eheschliessung vorgeschriebenen Form nicht bedarf. Es kann mithin kein Zweifel mehr sein, dass es sich im § 1325 um eine wirkliche Bestätigung im Sinne von § 144 BGB handelt[3]), wonach sie nichts weiter ist, als ein Verzicht auf das Aufhebungsrecht. Daraus ergibt sich von selbst, dass die nichtige Ehe in Wahrheit blos vernichtbar ist.

Nun könnte aber noch geltend gemacht werden, die Auffassung der Ehenichtigkeit als Aufhebbarkeit träfe nur für diese eben erörterten Fälle zu, wo die „nichtige" Ehe zu einer gültigen werden könne; so meint z. B. Thiesing (S. 129), diese Konstruktion könnte höchstens in den „Ausnahmefällen" der „heilbaren Nichtigkeit" zutreffen. Auch das ist nicht haltbar. Wenn das Gesetz im § 1329 von der „Nichtigkeit einer nach dem §§ 1325—1328 nichtigen Ehe" (vgl. auch Satz 2) spricht, so folgt daraus, dass diese ein einheitlicher Begriff sein muss, und wenn für die Mehrzahl der Fälle festgestellt wurde, dass es sich um eine wahre Nichtigkeit nicht handeln könne, so muss dasselbe auch für die beiden Fälle der §§ 1326 und § 1327 gelten. Diese beiden unterscheiden sich von allen anderen nur dadurch, dass bei ihnen die Aufhebung des Eheverhältnisses mit rückwirkender Kraft jedenfalls einmal eintritt, spätestens bei seiner Auflösung durch Scheidung oder Tod (oder wegen § 1348 Abs. 2).

Es ist in den vorstehenden Ausführungen hauptsächlich vom Ehenichtigkeitsprozess die Rede gewesen. Es bedarf kaum noch der Erwähnung, dass unsere Ergebnisse bezüglich

---

1) Staudinger, Bem. zu § 141, Anm. 6 a. E.
2) Vgl. z. B. Staudinger Bem. 3c zu § 1325.
3) So auch Jacobi, Das persönliche Eherecht S. 48 Anm. 56a.

der Natur des Urteils in demselben ebenso auch für den Anfechtungsprozess gelten. Die durch die Erhebung der Klage in letzterer „mittelbar nichtig“ gewordene Ehe wird erst durch das Urteil zu einer „unmittelbar“ nichtigen. Daher ist denn auch der Eintritt der Anfechtungswirkung mit der Anfechtungsklage durchaus vereinbar mit der Lehre von den konstutiven Natur der Nichtigkeitserklärung.[1])

Es ist behauptet worden, die hier behandelte Frage von der Natur des Urteils habe nur theoretisches Interesse.[2]) Doch trifft das nicht vollkommen zu. Um es noch einmal kurz zu formulieren, liegt der Unterschied beider Ansichten in folgendem: Ist das Urteil seinem wesentlichen Inhalt nach deklarativ[3]), so bedeutet das, dass der Rechtszustand vor dem Urteil mit demjenigen, der nach ihm vorhanden ist, identisch ist; beim konstutiven Urteil jedoch ist der dem Urteil nachfolgende Rechtszustand ein anderer, als der frühere. Letzterer wird bloss zufolge einer Fiktion so behandelt, wie der spätere, und darin liegt dessen rückwirkende Kraft. Infolgedessen kann von „Rückwirkung“ überhaupt nur da gesprochen werden, wo etwas Neues in die Erscheinung getreten ist. Die Feststellung vorhanden gewesener Nichtigkeit kann keine Rückwirkung haben[4]), wenigstens nicht in diesem Sinne. Spräche man von Rückwirkung bei der Deklaration, so könnte das nur den Sinn haben, dass die Zweifel, die über die Rechtslage bestanden, nun auch für die Vergangenheit gehoben sind. Dieses ist nun insofern von grosser Bedeutung, als überhaupt nur vom hier vertretenen Standpunkt aus, die Frage nach den Grenzen der Rückwirkung aufgeworfen werden kann, denn wenn man auch von Rückwirkung beim deklarativen Urteil im eben angegebenen Sinne sprechen wollte, so kann diese jedenfalls ihrer Natur nach keine Grenzen haben, und insofern gewinnt die genannte Streitfrage eine praktische Bedeutung.

Es sei hier zunächst noch auf einen Punkt hingewiesen.

---

1) Vgl. S. 3 und S. 5 dieser Arbeit.
2) z. B. von Planck, S. 49 f.
3) Das ist ja auch das „auslösende“ Urteil Kischs.
4) Vgl. dazu Hellwig, Grenzen der Rückwirkung § 2.

Grenzen der Rückwirkung in unserem Sinn für die Nichtigkeitserklärung sind, wie im folgenden näher zu erörtern sein wird, die §§ 1344 ff. und 1699 ff., d. h. gewisse Rechtsfolgen der Ehe bleiben bestehen, obwohl die Regel gilt, dass ihre Rechtswirkungen im allgemeinen mit der Nichtigkeitserklärung entfallen. Ist diese bloss deklarativ, so müssen diese Vorschriften eine ganz andere Bedeutung haben. Alle Rechtsfolgen der Ehe führen ja nach dieser Lehre ein „Scheindasein"; wie können sie nunmehr zu einer wirklichen Existenz erstarken? Wir erinnern uns der Lehre des kanonischen Rechts, wo bezüglich der Putativehefolgen dieselbe Frage auftauchte, (vgl. oben S. 20 f.). Man würde wiederum zum Schluss kommen, dass die Natur dieser Rechtsfolgen von ganz anderer Art sein muss, als die der Eherechtsfolgen überhaupt. Auch diese Konsequenz der Lehre vom deklarativen Urteil ist nicht geeignet, ihr den Vorzug vor der hier verfochtenen Ansicht zu geben.

§ 3. Befestigung des gewonnenen Standpunkts.

Das Resultat unserer bisherigen Ausführungen lässt sich dahin zusammenfassen: die Wirkungen der Eheanfechtung treten „stufenweise" [1]) ein. — Durch die Anfechtungsklage wird die Ehe mit rückwirkender Kraft in eine „mittelbar" nichtige verwandelt, und durch das konstitutive Urteil tritt eine nochmalige Verwandlung mit rückwirkender Kraft ein, nach der die Ehe „unmittelbar" nichtig ist. Die mittelbar nichtige Ehe charakterisierte sich uns als bloss vernichtbare, die bis zu ihrer endgültigen Vernichtung die Rechtswirkungen einer gültigen Ehe hatte [2]).

Dieses Ergebnis soll nun aber noch nach einigen Richtungen hin befestigt werden. Einerseits ist behauptet worden, dass die Bestimmungen der §§ 1309, 1326, 1348 beweisen, dass das Gesetz die nichtige Ehe prinzipiell anders bewerte,

1) Ausdruck Zitelmanns.

2) Mit einer Ausnahme — § 1326 (1309). Vgl. darüber weiter unten.

als die gültige. Andererseits hat man eine besondere Ausnahme von unserem Satz aufstellen wollen.

Letzteres tut nämlich Dernburg[1]), der grundsätzlich den hier vertretenen Standpunkt teilt, indem er behauptet, dass die Gatten einer „nichtigen" Ehe keinesfalls zur geschlechtlichen Lebensgemeinschaft verpflichtet sein sollen. Derselben Meinung ist Buhl[2]). Er fragt:

> „Soll etwa, wenn die Eheleute wissen, dass ihre Ehe wegen Verwandtschaft oder Schwägerschaft nichtig ist, der eine durch den andern zur Blutschande angehalten werden können?"

Die Ansicht dieser Schriftsteller ist m. E. unrichtig. Zweifellos begründet die Verletzung der ehelichen Pflicht das Recht zur Erhebung der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens auch bei nichtigen Ehen. Bewiesen wird das Gegenteil von Dernburg nicht und das wäre nötig, um die Berechtigung der Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatze zu erweisen, dass die nichtige Ehe alle Rechtsfolgen der gültigen Ehe erzeugt. Auch der Hinweis von Buhl auf die Konsequenzen ist, wie sich zeigen lässt, nicht beweiskräftig. Es kann nämlich der erwähnte allgemeine Grundsatz auch in der in Rede stehenden Beziehung nie zu unbilligen oder unsittlichen Ergebnissen führen. Dafür hat das Gesetz in aller ausgedehntestem Masse Sorge getragen. Einmal kann unter Umständen die Missbrauchseinrede des § 1353 Abs. 2 Hilfe schaffen. Das wird z. B. dann der Fall sein, wenn Verwandtschaft oder Schwägerschaft der Nichtigkeitsgrund ist. Von der Möglichkeit eines „Anhaltens zur Blutschande" kann also nicht die Rede sein. Allerdings wird die Missbrauchseinrede nicht in allen Fällen helfen[3]). Ist z. B. eine Ehe wegen eines Formfehlers nichtig, hat aber doch eine Eintragung ins Heiratsregister stattgefunden, so wäre die Einrede gegen eine ev. Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens nicht am Platze, denn es wäre nicht einzusehen, worin der Missbrauch des Rechts liegen

1) Dernburg, Familienrecht S. 66.
2) a. a. O. S. 150.
3) Dies wird mit Unrecht von Thiesing (S. 94) behauptet.

soll. In der Nichtigkeit selbst ist die Einrede nicht begründet, denn deren Geltendmachung ist ja nach § 1329 ausgeschlossen. Die Einrede kann nur da statthaft sein, wo die Ausübung des Rechts wegen des vorhandenen Nichtigkeitsgrundes missbräuchlich ist. Durchgreifende Hilfe in allen Fällen gewährt aber jedenfalls der § 151 Z. P. O. Danach kann, wenn die Entscheidung eines Rechtsstreits davon abhängig ist, ob eine Ehe nichtig ist, das Verfahren auf Antrag ausgesetzt werden, worauf eine Frist zur Erhebung der Nichtigkeitsklage zu bestimmen ist, nach deren Erledigung das erste Verfahren erst wieder aufgenommen werden kann. Es kann daher gegen den Willen des Beklagten, nie zu einer Verurteilung im Prozesse auf Herstellnng des ehelichen Lebens kommen, wenn die Ehe nichtig ist. Es kann mithin das Prinzip vom erfolgten Eintritt aller Rechtswirkungen unbedenklich aufrecht erhalten werden. Als Beweis für seine Richtigkeit, kann auch noch § 627 Z. P. O. herangezogen werden, der bestimmt, dass während des Nichtigkeitsprozesses auf Antrag der Gatten während der Dauer des Rechtsstreits durch einstweilige Verfügung das Getrenntleben der Gatten erlaubt werden kann [1]). Die Voraussetzung dieser Bestimmung ist die Pflicht zur vollen Lebensgemeinschaft; nur das Bestehen der letzteren gibt der Vorschrift überhaupt einen Sinn. Somit liefert uns das Gesetz selbst einen klaren Beweis für die hier vertretene Auffassung.

Gegen den Grundsatz vom Eintreten aller Rechtsfolgen der Ehe, auch wenn sie nichtig ist, ist ferner folgendes geltend gemacht worden. Thiesing (S. 291) sagt nämlich, dieser Satz stimme mit dem Standpunkt des Gesetzes gar nicht überein, was sich deutlich zeige an der Gestaltung des Ehehindernisses der Doppelehe. Die nichtige Ehe habe hier die Wirkung einer gültigen nicht. Das ist allerdings richtig, denn die nichtige Ehe bildet im Gegensatz zur gültigen ein

1) Vgl. dazu Planck, Vorbem. zu Tit. III, 2a. (S. 51): Die Vorschrift des § 627 . . . . . ist ein Ausfluss des den „§§ 1329, 1343 zu Grunde liegenden Gedankens, dass die Ehe, solange sie besteht, als gültig trotz Erhebung der Nichtigkeitsklage anzusehen ist."

bloss aufschiebendes Ehehindernis (§ 1309 Abs. 1) denn eine zweite Ehe ist nach § 1326 nur dann nichtig, wenn einer der Ehegatten mit einem Dritten in einer gültigen Ehe lebte. Diese Ausnahme von unserem Grundsatz ist leicht erklärlich, denn sie entspricht der Billigkeit. Es ist verständlich, dass der Gesetzgeber da, wo zwei Ehen mit einander konkurrieren, derjenigen den Vorzug gegeben hat, die ohne einen Mangel abgeschlossen ist. Im ersten Entwurf war diese Frage noch anders geregelt. Nach § 1250 Z. 3 dieses Entwurfs war eine Ehe selbst dann nichtig, wenn einer der Ehegatten zur Zeit der Eheschliessung mit einem Dritten in einer nichtigen Ehe lebte. Schon die Motive (IV, 52) bemerken dazu, dass für eine gegenteilige Regelung „Rücksichten der Billigkeit" sprechen. Die zweite Kommission stellte sich auf den Standpunkt den das B. G. B. vertritt, wonach die neue Ehe gültig ist, und zwar von Anfang an, nicht etwa seit der Nichtigkeitserklärung der zweiten Ehe. Es heisst in den Protokollen (IV, 58 Nr. 1):

> „Dies gewährt gegenüber der in Antrag 3 vorgeschlagenen Abhilfe durch Konvaleszenz den Vorteil, dass die zweite Ehe auch dann als gültig erscheint, und gültig bleibt, wenn sie vor der Auflösung der ersten Ehe ihrerseits durch Tod und dergl. aufgehoben wird, was bei Konvaleszenz nicht der Fall wäre".

Sicher ist nun, dass nach § 1326 die zweite Ehe gültig ist, wenn die erste nichtig ist; wie aber, wenn die erste bloss anfechtbar ist? Ist eine anfechtbare Ehe im Sinne von § 1326 eine gültige oder ungültige? Eine präzise Antwort auf diese Frage findet sich, soviel ich sehe, in der Literatur nicht. Planck[1]) lehrt: die Nichtigkeit der neuen Ehe tritt „selbst dann nicht ein, wenn die Nichtigkeit der alten Ehe nur auf Anfechtbarkeit beruht, und die Anfechtung nach Eingehung der neuen Ehe erfolgt. Die neue Ehe ist, falls die alte Ehe nichtig ist, von Anfang an gültig, sie wird nicht etwa erst mit der Nichtigkeitserklärung der alten Ehe durch Konvales-

1) Planck, Bem. 1 zu § 1326. Im Resultat ebenso Endemann S. 181, Anm. 24 und Neustadt, Kritische Studien S. 165.

zenz gültig, ein Unterschied, der namentlich für die Fälle der Auflösung der neuen Ehe vor der Nichtigkeitserklärung der alten von Bedeutung ist". Diese Deduktion ist keine Antwort auf die Frage, ob die anfechtbare Ehe vor der Nichtigkeitserklärung eine gültige oder ungültige ist und darauf kommt es an. M. E. lässt sich nur rechtfertigen, die anfechtbare Ehe für gültig im Sinne von § 1326 zu erklären. Einmal sprechen dafür die Vorarbeiten zum B. G. B. insofern, als der erste Entwurf im § 1252 Abs. 1 erklärte, eine nichtige Ehe sei bis zur Nichtigkeitserklärung oder Auflösung als gültig anzusehen. Bei der anfechtbaren Ehe fehlt eine solche Bestimmung, — offenbar deswegen, weil sie schon an sich „gültig" in diesem Sinne ist. Ferner spricht aber für den hier vertretenen Standpunkt auch folgende Erwägung: Schliesst ein Ehegatte einer anfechtbaren Ehe eine neue Ehe, so wäre diese, wenn die anfechtbare Ehe „ungültig" ist, nach § 1326 gültig. Wird nun aber die erste Ehe, deren Aufhebung doch von einer Person abhängt, nicht angefochten, so kann sich leicht ein Znstand ergeben, in dem eine Person in zwei Ehen lebt[1]), ohne dass demselben von Seiten des Staates ein Ende gemacht werden kann, weil die Staatsanwaltschaft gegen eine bloss anfechtbare Ehe nicht vorgehen kann. Das kann vom Gesetz nicht gewollt sein. Es bleibt mithin nur die Annahme übrig, dass die anfechtbare Ehe im Sinne von § 1326 gültig ist. Demgemäss ist die von einem Ehegatten geschlossene neue Ehe nichtig, und zwar bleibt sie es auch dann, wenn die erste anfechtbare Ehe später für nichtig erklärt wird. Zur entgegengesetzten Annahme, dass nähmlich dadurch die zweite Ehe gültlg wird, könnte man nur von dem Standpunkte aus kommen, dass die auf die Anfechtung hin ergehende Nichtigkeitserklärung feststellt, dass die Ehe nie bestanden habe, dass mithin die zweite Ehe („in Wahrheit")

1) Verfehlt wäre es sber zu sagen: Die zweite Ehe war zwar gültig, wird aber ungültig, wenn die erste Ehe bestätigt wird. Das lehrt Endemann S. 181 Anm. 24. Aber wie soll die Bestätigung der ersten Ehe die zweite Ehe aus einer gültigen in eine ungültige verwandeln können?

immer gültig gewesen sei. Dass aber die Nichtigkeitserklärung kein Feststellungsurteil in diesem Sinne ist, nicht einmal bei nichtigen Ehen, geschweige denn bei anfechtbaren, ist zur Genüge dargetan worden. Aus der rückwirkenden Kraft des Urteils lässt sich das Gültigwerden der zweiten Ehe nicht ableiten, denn die Kraft von Ehehindernissen kann doch wohl nur nach dem Zeitpunkt beurteilt werden, in welchem die Ehe tatsächlich zustande kommt. Eine Konvaleszenz nichtiger Ehen kennt das Gesetz endlich nur in vier Fällen. Es bedürfte einer besonderen Vorschrift, wenn auch hier das Gültigwerden der zweiten Ehe angenommen werden sollte.

Endlich sei noch des § 1348 Abs. 2 gedacht. Dieser enthält keine Ausnahme von der Regel, dass die Rechtswirkungen der Ehe auch eintreten, wenn dieselbe nichtig ist. Von vielen[1]) wird allerdings behauptet, dass die Schliessung einer nichtigen Ehe die alte Ehe nicht auflöst. Die entgegengesetzte Meinung haben besonders Dernburg[2]) und Bernhöft[3]) verteidigt, doch sei es hier vermieden, sich auf die Argumente dieser Schriftsteller zu stützen. Der Wortlaut des § 1348 Abs. 2, auf den sie sich insbesondere berufen, ist nicht beweiskräftig, weil auch § 1324 Abs. 1 von „Eheschliessung“ spricht, und diese „Eheschliessung“ die auflösende Wirkung doch gewiss nicht hat. Der vorhin betrachtete § 1326 aber zeigte uns, dass das Gesetz da, wo es wirklich eine Ausnahme von der Regel aufstellen will, dass nichtige Ehen die Rechtsfolgen gültiger haben, dieses ausdrücklich hervorzuheben für notwendig erachtet, indem es nur eine gültige Ehe als trennendes Ehehindernis ansieht. Sollte auch in § 1348 die nichtige Ehe anders als die gültige bewertet werden, so hätte der Gesetzgeber hier ebenso durch einen ausdrückichen Hinweis darauf

1) Vergl. Planck Bem. 4 zu § 1348, Endemann S. 224 Anm. 19, Staudinger Bem. 5 zu § 1348, Opet Bem. 2 zu § 1348, Schmidt Bem. 3 b zu § 1348, Thiesing S. 114 ff, Dochnahl Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 26 S. 321. ff. Auffallender Weise bemerkt Neustadt a. a. O. S. 318, dass die entgegengesetzte Ansicht von niemand bestritten werde.

2) Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung S. 11 ff.

3) Zur Lehre von den Fiktionen. S. 276 ff.

die Zweifel ausschliessen müssen, wie es z. B. der § 1464 Abs. 3 des ersten Entwurfs tat.

Die Gegenansicht beruft sich besonders auf den Zusammenhang der beiden Absätze des § 1348[1]). Löse nähmlich auch eine nichtige Ehe die frühere auf, so müsse das auch für den Fall gelten, dass beide Ehegatten bei Schliessung der neuen Ehe bösgläubig seien (§ 1348 Abs. 1). Eine solche Ehe verdiene aber keine Rücksichten; und diese Konsequenz könne nur vermieden werden, wenn man annähme, dass eine „nichtige" Ehe in Abs. 2 nicht mitgemeint sei. Es mag hier ohne weiteres zugegeben werden, dass es den Tendenzen des Gesetzes konformer gewesen wäre, die Ausnahme des Abs. 1 auch auf den Abs. 2 auszudehnen; es sei jedoch darauf aufmerksam gemacht, dass das praktische Resultat kein wesentlich anderes gewesen wäre[2]). Da nähmlich die Nichtigkeit der neuen Ehe gemäss § 1329 keinesfalls vor der Nichtigkeitserklärung geltend gemacht werden kann, muss auch die frühere Ehe jedenfalls bis dahin wenigstens als aufgelöst betrachtet werden. Nimmt man aber auch an, dass sie tatsächlich aufgelöst wurde, so lebt sie doch (vergl. w. u.) mit der Nichtigkeitserklärung der neuen Ehe wieder auf und gilt dann als solche, die immer bestanden hat. — Die Kinder der zweiten Ehe sind jedenfalls unehelich (§ 1699), und kommen keinenfalls in die Gefahr zwei „juristische" Väter zu haben.

§ 4. Bedeutung und Begrenzung der Rückwirkung.

Der Satz, dass die Nichtigkeitserklärung der Ehe auch Wirkung für die Vergangenheit habe ist im B. G. B. zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen[3]), er gilt aber zweifellos. Ein

---

1) Vergl. Planck Bem. 1 zu § 1348 und bes. Dochnahl S. 322.

2) Vergl. jedoch unten § 4 a. E.

3) Buhl a. a. O. S. 153 meint, er ergebe sich aus dem Wesen der Nichtigkeit, aus der Bedeutung der Nichtigkeitsklage, sowie daraus, dass das Gesetz in § 1343 bestimme, die bloss anfechtbare Ehe sei als von Anfang an nichtig anzusehen. Alle diese Argumente sind falsch: Die Nichtigkeit vor dem Urteil ist keine wahre Nichtigkeit,

indirekter Beweis liegt, wie wir sehen werden, in den §§ 1344 ff. und 1699 ff. Der § 1252 Abs. 2 des ersten Entwurfs sprach es ausdrücklich aus:

> Wenn . . . . . eine . . . . . nichtige Ehe aufgelöst oder für ungültig erklärt ist, so ist es so anzusehen, als ob die Ehe nicht geschlossen worden wäre.

Diese Bestimmung ist als überflüssig gestrichen worden. Dernburg[1]) allerdings ist in diesem Punkt anderer Meinung. Er meint, die allgemeine Rückwirkung werde nur aus gestrichenen Bestimmungen des ersten Entwurfs (dem eben angeführten § 1252 Abs. 2) abgeleitet, das Gesetz selbst unterstelle sie nur bezüglich gewisser vermögensrechtlicher Beziehungen. Diese Grenze ist offenbar falsch gezogen. Das Gesetz selbst setzt in mannigfachen Beziehungen die Rückwirkung voraus, indem es zugunsten gewisser gutgläubiger Personen Ausnahmen von diesem Prinzip aufstellt. Diese Ausnahmen liegen nun aber auf so verschiedenen Gebieten, — sie beziehen sich auf das Verhältnis der Ehegatten zu Dritten (§ 1344), auf die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten untereinander (1345 ff.), auf das Verhältnis zu den Kindern (§ 1699 ff.) — dass man schon daraus schliessen kann, dass die Rückwirkung der Nichtigkeitserklärung eine allgemeine sein soll. Ein weiterer schlagender Beweis dafür muss aber in dem § 151 f. Z. P. O. gefunden werden. Wenn es in dieser Vorschrift heisst, dass das Verfahren ausgesetzt werden kann, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits davon abhängig ist ob die Ehe nichtig *ist*, so gewinnt diese Bestimmung erst einen Sinn, wenn die ev. Vernichtung der Ehe mit rückwirkender Kraft erfolgt.

Im Folgenden soll nun einerseits gezeigt werden, welche Bedeutung die Rückwirkung für die Gestaltung der Rechtslage nach der Vernichtung der Ehe hat, und andererseits versucht

---

die Nichtigkeitsklage *keine* Feststellungsklage und die Vorschrift des § 1343 bedeutet, wie wir gesehen haben, nur soviel, dass durch den in der Klage liegenden Anfechtungsakt die anfechtbare Ehe in eine mittelbar nichtige verwandelt wlrd.

1) Familienrecht S. 72.

werden, die Grenzen zu bestimmen, die der Rückwirkung zu setzen sind. Auf den ersten Punkt, der in der Litteratur bereits vielfach erörtert worden ist[1]), wird dabei nur insoweit einzugehen sein, als der Zusammenhang der Darstellung und die Abweichung von den in der Litteratur zur Geltung gelangten Ansichten es erfordert.

Rückwirkung ist die Kraft einer Rechtswirkung, der zufolge letztere so behandelt wird, als sei sie schon in einem bestimmten Zeitpunkt der Vergangenheit eingetreten[2]). — Die Nichtigkeitserklärung hat die Rechtswirkung, die Ehe aufzuheben, weil sie aber rückwirkende Kraft hat, wird die Wirkung der Aufhebung zurückdatiert und zwar auf den Tag der Eheschliessung. Die notwendige Folge davon ist, dass nunmehr die Rechtsfolgen der Ehe als nie eingetreten anzusehen sind. An die Eheschliessung knüpfen sich positive und negative Rechtsfolgen. Unter positiven verstehen wir solche, die neue Rechtsbeziehungen schaffen (z. B. Erwerb des ehemännlichen Namens durch die Frau, der Eintritt des gesetzlichen Güterrechts u. s. w.), negative dagegen sind diejenigen, die vorhandene Rechtsbeziehungen aufheben (z. B. Verlust der Staatsangehörigkeit der Frau, Auflösung der früheren Ehe nach § 1348 Abs. 2). Gilt nun der Eintritt der Wirkungen zufolge der Nichtigkeitserklärung als nicht erfolgt, so kann das für die tatsächliche Rechtslage nach der Nichtigkeitserklärung nur soviel bedeuten, wie Aufhebung der durch die positiven Wirkungen neugeschaffenen, und Wiederherstellung der durch die negativen Wirkungen aufgehobenen Rechtsbeziehungen. Darin erschöpft sich das Wesen der Rückwirkung.

Was ihre Grenzen betrifft, so ist zunächst hervorzuheben, dass das Gesetz selbst nach einigen Richtungen hin die Rückwirkung ausdrücklich beschränkt hat: Zu Gunsten gutgläubiger Dritter im Interesse des Verkehrs (§ 1344), zu Gunsten des einen gutgläubigen Ehegatten insofern, als diesem

1) Ausführlich z. B. von Thiesing S. 86 ff und 137 ff (allerdings mit Ausschluss der öffentlich rechtlichen Seite der Frage). Ferner von Endemann II 2 § 160 a. u. A. (vergl. die folgende Darstellung).

2) In Anlehnung an Hellwig, Grenzen S. 5.

die Möglichkeit gegeben ist, zu verlangen, dass die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Gatten nicht nach Nichtigkeitsrecht behandelt werden, und endlich zugunsten der Rechtsstellung der Kinder wegen des guten Glaubens wenigstens eines Elternteils. (§ 1699 ff). Natürlich haben diese Vorschriften nicht die Bedeutung, dass auf allen durch sie nicht berührten Gebieten die Rückwirkung eine unbegrenzte sein soll. Es versteht sich das übrigens von selbst, wenn man erwägt, dass das Gesetz da, wo es über die Grenzen der Rückwirkung schweigt, dieses häufig nur deswegen tut, weil es ihre ausdrückliche Festsetzung für überflüssig hielt. Hier soll nun versucht werden aus allgemeinen Grundsätzen Regeln herzuleiten, die für die Fragen der Grenzen der Rückwirkung massgebend sein müssen, sowie ihre Brauchbarkeit und Billigkeit bei Besprechung der einzelnen Rechtsfolgen der Ehe zu erweisen.

Zu dem ersten Gesichtspunkt allgemeiner Natur, der hierbei zur Geltung gelangen muss, führt uns schon eine genauere Betrachtung des § 1344. Man hat behauptet[1]), dieser § stehe in einer Linie mit den Vorschriften der §§ 407, 893, 932, 1435, 2366, 2367, 2370, welche alle den Schutz eines die Nichtigkeit eines Rechtsverhältnisses nicht kennenden Dritten bezwecken und sich somit als Ausnahmevorschriften im Interesse des guten Glaubens darstellen. Diese Meinung ist jedoch nicht richtig, weil sie auf der falschen Auffassung von der Ehenichtigkeit beruht. Die Kenntnis der Nichtigkeit, die im § 1344 erheblich wird, ist nichts weiter, als Kenntnis der Aufhebbarkeit des bestehenden Eheverhältnisses[2]) während es sich in den erwähnten §§ 407, 893 usw. um Kenntnis der wahren Nichtigkeit handelt. Die Bedeutung des § 1344 ist daher eine andere, nämlich die, dass die Grundsätze über die Verfügungs- und Prozessführungsmacht, die dem Nichtberechtigten zu Gunsten gutgläubiger Dritter gegeben ist, dann selbstverständlich Anwendung finden, wenn Jemand sich

1) Thiesing S. 160. Vergl. auch schon die Motive IV 63 f. und Moszkowski. Der Schutz Dritter gegen die Folgen der Nichtigkeit der Ehe S. 5. u. S. 37 ff.

2) Vergl. Hellwig, Rechtskraft S. 455.

mit einem Berechtigten auf Rechtsgeschäfte (oder die Prozessführung) eingelassen hat, und dieser die Befugniss zur Vornahme derselben dann mit rückwirkender Kraft verliert. Dieser Gedanke ist in solcher Allgemeinheit im Gesetz zwar nirgends ausdrücklich ausgesprochen; dass es sich aber um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz handelt, ergibt sich aus § 142 Abs. 2 BGB, welcher denselben als selbstverständlich voraussetzt, indem er bestimmt, dass derjenige, der die Anfechtbarkeit kannte oder kennen musste, so behandelt wird, wie wenn er die Nichtigkeit gekannt hätte oder hätte kennen müssen[1]). Der Schutz des gutgläubigen Dritten, der sich aus § 1344 ergibt, bedeutet somit nichts Exceptionelles, sondern leitet aus dem allgemeinen Prinzip nur einen besonders wichtigen Anwendungsfall ab[2]). In diesem allgemeinen Prinzip liegt aber der erste allgemeine für die Frage nach den Grenzen der Rückwirkung massgebende Gesichtspunkt. Die praktische Bedeutung des gewonnenen Resultats wird sich im Folgenden ergeben. (Vergl. w. u.).

Zu einer weiteren Beschränkung der Rückwirkung führt uns folgende Erwägung:

Es ist selbstverständlich, dass die Frage der Schuld nur da auftreten kann, wo ein rechtswidriges Verhalten vorliegt. Nun kann es sehr leicht möglich sein, dass die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens direkt oder indirekt vom Bestehen einer Ehe abhängig ist. Muss nun zufolge der Nichtigkeitserklärung der Ehe, diese so angesehen werden, als hätte sie nie bestanden, so kann sich die Frage erheben, ob eine Handlung, deren Rechtswidrigkeit oder Nichtrechtswidrigkeit von dem Bestehen der Ehe abhängig war nun auch gemäss dieser Fiktion zu beurteilen ist, d. h. ob die Frage nach der Schuld von dieser abhängig zu machen ist. Es liegt in der Natur der Sache, dass man das verneinen muss, denn wie man auch über das Wesen der Schuld denken mag, jedenfalls entspricht es der allgemeinen Auffassung, dass ein rechtswidriges Ver-

1) Vergl. Hellwig, Grenzen S. 17.

2) Was in § 142 Abs. 2 und § 1344 als Ausnahme erscheint, bildet also in den Fällen der §§ 407, 893 usw. die Regel und umgekehrt.

halten dann zu einem schuldhaften wird, wenn der Täter in einer gewissen psychischen Beziehung zu diesem Verhalten oder seiner Rechtswidrigkeit steht[1]). „Die subjektive Beziehung zwischen Tat und Täter bildet die Schuld“[2]). Es ergibt sich daraus von selbst, dass über sie nur entschieden werden kann unter Zugrundelegung der tatsächlichen Verhältnisse, wie sie z. Zt. der Handlung bestanden. Daher wird in allen Fällen, wo die Frage der Schuld erheblich wird, die Rückwirkung ausser Betracht bleiben müssen. Es liegt auf der Hand, dass dieses von besonderer Bedeutung für das Strafrecht sein muss und im Hinblick auf dieses dürfte die Regel formuliert werden können, dass für die Beurteilung eines strafrechtlichen Tatbestandes nur die tatsächlichen Verhältnisse zur Zeit der Willensbetätigung massgebend sein können.

Endlich wird für die Begrenzung der Rückwirkung noch ein dritter Satz aufzustellen sein: Die Rückwirkung kann nämlich nur insoweit erfolgen, als ihre Durchführung nicht mit der ratio des Gesetzes in Konflikt gerät. Um die Billigkeit und die Notwendigkeit dieses Satzes darzutun, soll hier zunächst von der Rückwirkung der Nichtigkeitserklärung abgesehen, und auf einen anderen Fall Bezug genommen werden, wo auch die Rückwirkung eine Rolle spielt. Schliesst ein Ehegatte einer nach § 1325 nichtigen Ehe eine neue Ehe, so ist letztere gültig (§ 1326). Kann nun, das ist die Frage, eine Bestätigung der ersten Ehe gemäss § 1325 Abs. 2 noch wirksam werden? Die Bestätigung bewirkt, dass die Ehe als von Anfang an gültig anzusehen ist[3]) und infolgedessen entsteht nun eine gültige Ehe. Scheinbar bietet also das Gesetz hier die Möglichkeit, dass jemand zu gleicher Zeit in zwei gültigen Ehen lebt. Aus diesem Dilemma findet Planck[4]) einen Ausweg darin, dass er die Bestätigung begrifflich für eine erneute Vornahme des Rechtsgeschäfts erklärt (§ 141 BGB).

---

1) Vergl. Frank, S. 102.

2) v. Liszt S. 157.

3) Anders die Bestätigung der anfechtbaren Ehe, bei der eine solche Bestimmung fehlt, weil die anfechtbare Ehe schon an sich eine „gültige“ im Sinne von § 1326 ist. Vergl. oben S. 44 f.

4) Deutsche Juristenzeitung 1899 S. 38.

Die Möglichkeit, ein Rechtsgeschäft wirksam zu bestätigen (in diesem Sinn), entfällt allerdings zugleich mit der Möglichkeit, es abzuschliessen, und wenn inzwischen eine andere gültige Ehe geschlossen ist, so wäre eine erneute Schliessung der früheren Ehe danach nicht mehr möglich. — Jedoch beruht diese Meinung auf einer unrichtigen Auffassung von dem Wesen der Bestätigung, wie früher (vergl. S. 38 f.) gezeigt wurde, befriedigt daher nicht. Andererseits kann es auch nicht etwa in der Absicht des Gesetzes liegen, dass die zweite gültig geschlossene Ehe durch die Bestätigung der ersten Ehe nichtig *werden* soll; diese Annahme dürfte durch § 1326 doch wohl sicher ausgeschlossen werden. Vielmehr ergibt sich eine befriedigende Lösung der Frage nur aus Folgendem: Eine gültige Ehe kann nur dann entstehen, wenn die erforderlichen Voraussetzungen dafür vorliegen, d. h. wenn ihr keine Ehehindernisse entgegenstehen. Dieser Satz entspricht zweifellos dem Sinne des Gesetzes, nur drückt sich dieses so allgemein nicht aus, sondern spricht bloss in mehreren Einzelvorschriften aus, wann eine Ehe nichtig ist (§ 1325 ff.). Dabei gedenkt das Gesetz aber nur der Fälle, wo eine gültige Ehe durch die *Eheschliessung* zustande kommt, nicht aber derjenigen, wo eine gültige Ehe auf andere Weise entsteht. Dieses ist aber der Fall, bei der Bestätigung einer nichtigen Ehe (sowie in den anderen Fällen der Heilung § 1324 Abs. 2, 1328), und bei der Aufhebung eines Scheidungsurteils oder einer Nichtigkeitserklärung im Wege der Restitutionsklage. Soll nun, wenn eine Ehe auf diese Weise entsteht, ein gesetzliches Ehehindernis, das inzwischen eingetreten ist, ausser Betracht bleiben? Dass das die Absicht des Gesetzes ist, kann unmöglich angenommen werden [1]), weil es sonst gegen seine eigenen Grundsätze verstiesse. Die Rückwirkung der Bestätigung oder des Urteils im Aufhebungsprozess wird daher nur soweit reichen, als nicht die Grundsätze des Gesetzes selbst derselben entgegenstehen. In ähnlicher Weise gewinnt dieser Satz Bedeutung für die Rückwirkung der Nichtigkeitserklärung der Ehe [2]).

1) So mit Recht auch Bernhöft S. 273 im Hinblick auf die Fälle der Heilung einer nichtigen Ehe.

2) Vergl. w. u.

Die gefundenen allgemeinen Grundsätze werden gelegentlich der nun folgenden Betrachtung über die Wirkungen der Nichtigkeitserklärung bezüglich der einzelnen Rechtsfolgen der Ehe zur Anwendung gelangen.

Was zunächst die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft anlangt, so muss es wegen der rückwirkenden Kraft des Urteils so angesehen werden, als hätte diese nie bestanden. Infolgedessen ist nunmehr auch der stattgehabte Geschlechtsverkehr nachträglich als ausserehelicher anzusehen. Die Folge davon ist, dass das Gesetz die ihm entsprossenen Kinder, sofern nicht Ausnahmen zu Gunsten des guten Glaubens eingreifen, (1699 ff.), als von Anfang an uneheliche betrachtet. — Es ist ferner behauptet worden[1]), die Frau könnte jetzt unter Umständen die Ansprüche aus § 825 BGB. geltend machen, wonach derjenige, welcher eine Frauensperson durch Hinterlist, Drohung oder unter Missbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Gestattung der ausserehelichen Beiwohnung bestimmt, ihr zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet ist. Doch wird dadurch schon die Rückwirkung überspannt. Die Voraussetzung der Anwendbarkeit dieses § ist eine ausserehelichе Beiwohnung. Die Beurteilung, ob eine solche vorliegt, kann sich aber nur nach dem Zeitpunkte richten, wo der Tatbestand vollendet ist. Damals vor der Nichtigkeitserklärung war die Beiwohnung zweifellos eine eheliche und somit der Tatbestand eines Delikts nicht gegeben. Wenn das Gesetz bestimmt, dass der Geschlechtsverkehr nachträglich als ausserehelicher anzusehen ist, so kann dadurch hier nichts mehr geändert werden[2]). Ebenso wird man sagen müssen, dass nicht etwa die Voraussetzungen des § 179 StGB. vorliegen können, wonach derjenige, der eine Frauensperson zur Gestattung des Beischlafs dadurch verleitet, dass er eine Trauung vorspiegelt, oder einen anderen Irrtum in ihr erregt, oder benutzt, in welchem sie den Beischlaf für einen ehelichen

1) Planck Bem. 6 zu § 1345, Staudinger Bem. 9 zu § 1345.

2) Eine andere Frage ist, ob nicht die Frau eventuell Schadensersatzansprüche aus § 826 BGB. wird geltend machen können; das wird man bejahen können (vergl. Anm. 1).

hielt, mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren bestraft wird. Wenn die Frau den Beischlaf für einen ehelichen hielt, so war sie damals durchaus nicht im Irrtum, denn er war ein ehelicher; höchstens ist die Frau zur Eingehung der Ehe durch einen Irrtum bestimmt worden, aber über das Bestehen derselben im Zeitpunkt der Beischlafvollziehung war sie nicht im Zweifel. Auch die Anwendbarkeit dieser Bestimmung kann daher nicht etwa nachträglich in Frage kommen. Es handelt sich in beiden Fällen um die Frage nach der Schuld. Die Voraussetzungen dafür sind in beiden Vorschriften scharf eingestellt. Was einmal nicht schuldhaft gewesen ist, kann es nicht nachträglich werden.

Erheblicher wird die Bedeutung der Rückwirkung der Nichtigkeitserklärung für andere Rechtsfolgen der Ehe. Nach § 1335 erwirbt die Frau mit der Eheschliessung den Namen des Mannes. Mit der Nichtigkeitserklärung hört die Befugnis zur Namensführung auf und die Frau erhält ihren Mädchennamen wieder, weil die Rechtsfolgen der Ehe mit rückwirkender Kraft aufgehoben sind. Die abweichende Meinung Dernburgs[1]) und Bauers[2]), dass die Frau den Namen des Mannes behält, dürfte sich kaum halten lassen. Für Dernburg ist dieses Ergebnis die Folge des von ihm zugrunde gelegten Prinzips von der beschränkten Rückwirkung, das wie wir sahen (vergl. S. 48) nicht haltbar ist. Als Unterstützung seiner Ansicht weisst Dernburg noch auf das Allgemeine Landrecht hin, das „rationellerweise“ angenommen habe, dass die Frau den Namen des Mannes nicht wieder verliert, was sich aus § 88 (Teil II Tit. 9) ergebe, wo es einer Person von adliger Geburt, deren Ehe mit einem Bürgerlichen für nichtig erklärt ist, gestattet sei, ihren adeligen Stand und Familiennamen wieder anzunehmen. Auch dieser Hinweis ist nicht beweiskräftig. Das Allgemeine Landrecht bestimmte, in § 952 (Teil II. Tit 1), wie oben näher ausgeführt (vergl. S. 21f.) dass aus einer nichtigen Ehe nie die Rechte und Pflichten einer wirklichen Ehe entständen. Dasselbe galt von ungültigen Ehen

1) Familienrecht S. 72 Anm. 9.
2) Das Recht 1905. S. 525.

nach der Nichtigkeitserklärung (§ 974 Teil II, Tit. 1). Zu den „Rechten und Pflichten„ der Frau gehörte aber nach § 192 und 193 (Teil II Tit. 1) auch die Namensführung und die Teilnahme am Stande des Ehemanns. Diese haben entweder (bei „absolut nichtigen" Ehen) nie bestanden, oder sind mindestens (bei „ungültigen" Ehen) rückwärts wieder aufgehoben worden. Das Allgemeine Landrecht steht mithin auf demselben Standpunkt wie er hier für das heutige Recht verteidigt wird. Die Vorschrift des § 88 (Teil II Tit. 9) erweist sich somit im System des Landrechts eigentlich als selbstverständlich; wenn der Gesetzgeber es trotzdem für notwendig hielt, ihren Inhalt im besonderen zu fixieren, so veranlassten ihn dazu wahrscheinlich rechtspolitische Gründe, was um so verständlicher ist, da sie nur von Adeligen handelt. — Bauer will den Verlust des ehemännlichen Namens wegen der unannehmbaren Konsequenzen nicht eintreten lassen, die sich daraus ergeben sollen. Er weist auf den Fall hin, wo bei nichtiger Ehe der Vater bösgläubig und die Mutter gutgläubig war. Die Mutter sei dann nach der Nichtigkeitserklärung eheliche Mutter ihrer Kinder mit voller elterlicher Gewalt (§§ 1699 und 1701), obgleich sie einen anderen Namen und zwar ihren Mädchennamen führe. Dieses Ergebnis ist allerdings seltsam, aber nicht ohne Gegenstück: Nimmt nähmlich die geschiedene Frau nach § 1577 Abs. 2 ihren Mädchennamen wieder an, so hat sie ev. nach § 1635 die Sorge über die Kinder, die den Namen des Vaters tragen, und im Falle des § 1685 Abs. 2 sogar die Ausübung der elterlichen Gewalt[1]). Bauer will auf die Namensführung nach der Nichtigkeitserklärung das Scheidungsrecht (§ 1577) analog anwenden[2]): danach soll die Frau grundsätzlich den Namen des Mannes behalten, nur gegenüber der bösgläubigen Frau soll der gutgläubige Mann ein Verbietungsrecht haben. Das dürfte um so weniger gerechtfertigt sein, als die Anwendung des Scheidungsrechts bei der Ehenichtigkeit ausdrücklich nur für vermögensrechtliche Beziehungen unter gewissen Voraussetzungen (§ 1345) zuge-

1) Darauf weist Endemann Bd. II. 2. S. 172 Anm. 62. hin.
2) Ebenso Süssheim bei Gruchot Bd. 43 S. 581.

lassen ist [1]). Man wird mithin Dernburg und Bauer nicht zustimmen können. Andererseits wäre es aber zu weit gegangen, zu sagen, die Frau hätte den Namen des Mannes in der Vergangenheit nie geführt. Das würde allerdings „mit den Tatsachen kontrastieren", — soviel ist Dernburg zuzugeben. Die Frau hat bis zur Nichtigkeitserklärung den Namen des Mannes sogar rechtmässig geführt. Daher ist selbstverständlich eine mit diesem Namen unterzeichnete Vertragsurkunde gültig [2]). Ebenso ist es natürlich, mit Eintragungen im Grundbuch, Handelsregister usw. wenn diese auch später zu berichtigen sind. Vollends absurd wäre es endlich in solchen Fällen, auch wenn der Frau die Nichtigkeit der Ehe bekannt war, etwa Urkundenfälschung (§ 267 StGB) oder „intellektuelle" Urkundenfälschung (§ 271 StGB) anzunehmen. Allerdings müsste man konsequenterweise zu diesem Resultat gelangen, wenn man, wie die hier bekämpfte Ansicht, behauptet, dass die Rechtsfolgen der Ehe bei nichtigen Ehen überhaupt nicht eintreten. Dass die Frau ihren Mädchennamen wiedererhält, wie wir anfangs hervorhoben, wird zwar auch von jener Seite gelehrt [3]), jedoch gelangen wir auf anderem Wege zu diesem Resultat. Dort wird behauptet, die Frau habe ihren Mädchennamen überhaupt nicht verloren, während bestehender (nichtiger) Ehe sei nur die Rechtslage verdunkelt, und sobald mit der Nichtigkeitserklärung die Schranke für die Geltendmachung der Ehenichtigkeit gefallen sei, trete die wahre Rechtslage, wie sie immer bestanden habe, wieder ans Licht, die Nichtigkeitserklärung stelle nur fest, was schon vorhanden sei. Das richtige ist aber, wie sich ohne weiteres aus unseren früheren Ausführungen (Vergl. S. 49) ergibt, folgendes: Die Eheschliessung hat den Verlust des Mädchennamens zur Folge gehabt, wie den Erwerb des ehemännlichen Namens. Es ist nicht nur scheinbar, sondern tatsächlich eine Veränderung in der Rechtslage eingetreten. Die Nichtigkeitser-

1) Vergl. auch Thiesing S. 148 (Gegen Dernburg und Staudinger Bem. 5 zu § 1345).

2) Vergl. Crome Bd. 4. S. 192. Anm. 62.

3) Vergl. z. B. Staudinger S. 77, Thiesing Das Recht 1905 S. 612.

klärung hebt die Rechtsfolgen der Ehe auf, was für die negativen Rechtswirkungen, wie gezeigt, soviel wie Wiederherstellung bedeutet. Daher hat die Frau jetzt ihren Mädchennamen zu führen.

Die Ehefrau teilt gemäss § 10 Abs. 1 BGB. den Wohnsitz des Ehemanns; gemäss unserer Auffassung auch bei nichtigen Ehen. Wie ist aber die Lage nach der Nichtigkeitserklärung zu beurteilen? Sicher verliert die Frau dann für die Zukunft den abgeleiteten Wohnsitz; das ist ja auch bei Beendigung gültiger Ehen der Fall. Wie aber, wenn nachträglich die Frage nach dem früheren Wohnsitz der Frau aufgeworfen wird? Das ist sehr wohl möglich, man denke an den Fall des § 269 BGB., wonach die Leistung, wenn ein Ort für sie nicht bestimmt, noch aus der Natur des Schuldverhältnisses zu entnehmen ist, an dem Orte zu erfolgen hat, an dem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte. Da infolge der Nichtigkeitserklärung die Rechtswirkungen der Ehe als nicht eingetreten anzusehen sind, muss ein Dritter es sich jetzt gefallen lassen, dass die Frau in so einem Fall die Leistung an ihrem früheren abgeleiteten Wohnsitz verweigert. Es kann das allerdings für einen Dritten eine grosse Härte sein, jedoch kann dem nicht abgeholfen werden, weil der Schutz des gutgläubigen Dritten soweit nicht reicht. Dieser kann das Bestandenhaben der Ehe nämlich nur für sich geltend machen, wenn es sich um die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts, oder um ein rechtskräftiges Urteil handelt (§ 1344). Von allzu grosser praktischer Bedeutung ist die Frage übrigens deswegen nicht, weil die Frau ja meist den Wohnsitz des Ehemanns tatsächlich geteilt haben wird. Ist das nicht der Fall gewesen, dann müssen für die nachträglich aufgeworfene Frage nach ihrem Wohnsitz allerdings die Vorschriften der §§ 7, 8 und 11 BGB. massgebend sein, d. h. es ist jetzt so anzusehen, als hätte die Frau selbständig ihren Wohnsitz begründet, oder als Minderjährige den Wohnsitz des Vaters bezw. der Mutter geteilt. — Der Wohnsitz ist nach § 13 Z. P. O. auch für den Gerichtsstand massgebend; die Frau hat daher während bestehender nichtiger Ehe auch ihren allgemeinen Gerichtsstand am Orte des Wohn-

sitzes des Ehemanns. Allerdings wird sie sich dann nie auf eine Verhandlung vor diesem Gericht einzulassen brauchen, weil sie stets den Aussetzungsantrag gemäss § 151 ZPO. erheben kann. Nach Erledigung der Nichtigkeitsklage wird dann das Verfahren vor dem nach den § 7 ff. BGB. bestimmten Gerichtsstand seinen Fortgang nehmen müssen [1]).

Nach § 15 des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz vom 30. 5. 1908 (6. 6. 1870) erwirbt die Ehefrau bei der Eheschliessung den Unterstützungswohnsitz des Ehemanns, natürlich auch bei nichtigen Ehen [2]). Mit der Nichtigkeitserklärung verliert sie den Unterstützungswohnsitz des Mannes, denn der § 16 des genannten Gesetzes bestimmt, dass nur Witwen und rechtskräftig geschiedene Ehefrauen den Unterstützungswohnsitz des Mannes bis auf weiteres [3]) behalten. Sie bedarf aber auch einer solchen Vergünstigung nicht, denn es ist ja jetzt so anzusehen, als ob die Ehe garnicht bestanden hätte; infolgedessen erhält sie ihren alten Unterstützungswohnsitz wieder, es sei denn, dass die Voraussetzung des § 22 Nr. 2 dieses Gesetzes vorliegt, wonach sie ihn durch einjährige ununterbrochene Abwesenheit verloren hat. Im letzteren Fall wird sie aber meist gemäss § 10 des Gesetzes (durch einjährigen ununterbrochenen Aufenthalt), wieder einen neuen Wohnsitz erworben haben. Die einschränkende Bestimmung des § 17 des Gesetzes, wonach Ehefrauen nur unter besonderen Voraussetzungen selbständig einen Unterstützungswohnsitz während der Ehe erwerben können, kommt für sie unter diesen Umständen natürlich nicht in Betracht, weil sie nicht als Ehefrau anzusehen ist.

---

1) So auch Gaupp-Stein S. 53.

2) Die Frage ist auch von der Praxis in diesem Sinne entschieden worden: Urteil des Bundesamtes für das Heimatwesen vom 15. 11. 1902 Nr. 1490: die Frage, ob die Ehefrau und deren Kinder den Unterstützungswohnsitz mit dem Ehemann teilen, obgleich die Ehe nichtig ist, weil der Ehemann bei ihrer Eingehung bereits verheiratet war, ist solange zu bejahen, als die Ehe nicht für nichtig erklärt worden. Dies folgt aus der Vorschrift des § 1329 BGB. (Pr. Verwbl. Bd. 24 S. 531).

3) Vergl. § 16 des Gesetzes über den Unterstützungswohnsitz.

Nach § 5 des Reichsgesetzes vom 1. 6. 1870 gewinnt die Frau mit der Eheschliessung die Staatsangehörigkeit des Mannes. Die „Nichtigkeit" der Ehe verhindert dies wiederum nicht[1]). Mit der Nichtigkeitserklärung verliert sie aber die Staatsangehörigkeit des Ehemanns und gewinnt ihre frühere wieder; das folgt unbedingt aus der rückwirkenden Kraft des Urteils. Merkwürdigerweise sträubt sich Endemann[2]) gegen dieses Resultat. Auch er lässt mit der Nichtigkeitserklärung die durch die Eheschliessung erworbene Staatsangehörigkeit verloren gehen, und zwar, weil das Urteil „feststellt", das die Frau die Staatsangehörigkeit nie erworben hat", er meint aber, die Frau trete jetzt nicht in den Besitzstand der früheren Staatsangehörigkeit, denn „die Aufhebung bleibe, auch wenn die sie begründende Ursache wieder zerstiebe." Diese Auffassung führt zu dem merkwürdigen Ergebnis, dass die Frau nunmehr ohne jede Staatsangehörigkeit ist. Die Ausführungen Endemanns sind in diesem Punkt keinesfalls konsequent. Einerseits soll das Urteil „feststellen", dass die Staatsangehörigkeit des Mannes nie auf die Frau übergegangen ist und andererseits soll die „wenigstens provisorische Ueberleitung" der neuen Staatsangehörigkeit doch den endgiltigen Verlust der früheren zur Folge haben. Das ist unvereinbar: Ist das Urteil feststellend, so muss es auch konstatieren, dass die frühere Staatsangehörigkeit verloren ging. Der hier vertretene Standpunkt, dass die Frau die frühere Staatsangehörigkeit wieder erlange, widerspreche, meint Endemann, dem deutschen Staatsrecht: er sei allenfalls zu halten, wenn man sagte: „die in nichtiger oder anfechtbarer Ehe lebende Frau habe eine doppelschichtig latente Staatsangehörigkeit, die des Ehemanns, solange die Ehe besteht und die bisherige eigne, die wieder auflebt, sobald die Ehe für nichtig erhlärt wird." Das ist aber keineswegs notwendig, die Sachlage ist vielmehr folgende: die Nichtigkeitserklärung hat wiederum die Wirkung,

1) Ebenso Cahn, Reichsgesetz über die Erwerbung und den Verlust der Reichs- und Staatsangehörigkeit S. 43, Endemann II. 2. § 160 a. III a., Dernburg, Familienrecht S. 72 Anm. 9.

2) a. a. O. S. 172 f. bes. Anm. 64.

dass die hier interessierenden Rechtsfolgen, nämlich der Erwerb und der Verlust der Staatsangehörigkeit als nicht eingetreten anzusehen sind, und daraus folgt notwendig, die Wiederherstellung der alten Staatsangehörigkeit der Frau. Keineswegs ist aber die Nichtigkeitserklärung Erwerbs- oder Verlustgrund der Staatsangehörigkeit im Sinne des Reichsgesetzes, darum enthält dieses auch keine Bestimmung über sie. Darin liegt auch der Fehler Dernburg's, wenn er das Beibehalten der ehemännlichen Staatsangehörigkeit seitens der Frau nach der Nichtigkeitserklärung darauf gründet, dass das Reichsgesetz von einem Verlust der Staatsangehörigkeit für diesen Fall nichts wisse[1]).

Trotzdem nun die Nichtigkeitserklärng rückwirkende Kraft hat, wird doch unter Umständen noch die Tatsache, dass die Frau in der Zwischenzeit die Staatsangehörigkeit des Mannes gehabt hat von Bedeutung sein können. Nämlich dann, wenn die Frau sich eines Vergehens nach § 94 ff. StGB schuldig gemacht hat, und die Bestrafung der Tat erst nach der Nichtigkeitserklärung bezw. der Auflösung der nichtigen Ehe eintritt. § 95 StGB z. B handelt von der Beleidigung, die der Täter gegen seinen Landesherrn begeht, § 99 von der Beleidigung gegen einen Bundesfürsten überhaupt. Die Strafe ist verschieden — im ersten Fall Gefängnis von 2 Monaten bis zu 5 Jahren, im zweiten von 1 Monat bis 3 Jahren; ausserdem tritt im letzteren Fall die Verfolgung erst mit Ermächtigung des Beleidigten ein. (§ 99 Abs. 2. StGB) Die Klassifizierung eines Tatbestanbes kann hier davon abhängen, welche Staatsangehörigkeit man der Frau in Beziehung auf die Vergangenheit beimisst; auch hier kann unserem Prinzipe gemäss nach der Nichtigkeitserklärung nur die Staatsangehörigkeit massgebend sein, die die Frau vor derselben hatte, also die des Mannes. Es kommt hier der Satz zur Geltung, dass

1) Dernburg, Familienrecht S. 310, Anm. 6. Diese Ansicht ist immerhin noch die konsequentere gegenüber der Endemanns. Entweder alle Rechtswirkungen bleiben, oder sie entfallen alle. Richtig ist aber nur die kurze Formulierung von Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts S. 218: „Die Nichtigkeitserklärung vernichtet auch die staatsrechtlichen Wirkungen der Ehe."

für die Beurteilung eines strafrechtlichen Tatbestandes nur der Zeitpunkt der Tat ausschlaggebend sein kann. Ebenso wird zu entscheiden sein, in den Fällen der §§ 94 (98), 96 (100), 97 (101) StGB.

Wir wenden uns zu den aus der ehelichen Lebensgemeinschaft fliessenden Rechten und Pflichten der §§ 1356 — 1358. Nach diesen Vorschriften hat die Frau die Leitung des Hauswesens, die Pflicht zur Arbeitsleistung im Hause und Geschäfte des Mannes, und die Schlüsselgewalt. Da nun infolge der Nichtigkeitserklärung es so anzusehen ist, als hätten diese Rechte und Pflichten nie bestanden, müssen sie jetzt nachträglich unter anderen Gesichtspunkten betrachtet werden, nämlich unter denen des Auftrags, oder der Geschäftsführung ohne Auftrag. [1]) Opet [2]) meint, wenn es sich nicht darum (nämlich Auftrag u. s. w.) handele, könnte die Frau sogar nach den Grundsätzen über den Dienst-und Werkvertrag Entgelt verlangen. Das ist m. E, unrichtig. Es ist ja denkbar, dass ein solcher Vertrag zwischen den Gatten geschlossen worden ist (die Frau ist z. B. im Geschäfte des Mannes als Gehülfin angestellt) aber im Zweifel wird man das nie annehmen können, weil dazu eine Verpflichtung zur Vergütung ausdrücklich vereinbart sein müsste (§ 611 Abs. 1, § 631 Abs. 1). Entschädigung wird die Frau nur verlangen können, wenn die Voraussetzungen der § 812 ff. BGB vorliegen, d. h. wenn der Mann durch ihre Leistungen ungerechtfertigt bereichert worden ist. Doch wird das verhältnismässig selten der Fall sein, keineswegs immer, wie Thiesing [3]) meint. Wenn nämlich die Frau bezüglich der Ehenichtigkeit bösgläubig war, wird man ihr solche Ansprüche nicht zusprechen können. Allerdings ist eine direkte Anwendung des § 814, wonach das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückverlangt werden kann, ausgeschlossen [4]), weil die Pflicht zur

1) Vergl. darüber Thiesing S. 98 ff.

2) Bem. 1 zu § 1345.

3) a. a. O. S. 102.

4) Thiesing, für welchen die Rechtsfolgen der Ehe bei nichtigen Ehen nur scheinbare, in Wahrheit nicht vorhandene sind, denkt natürlich nur an eine direkte Anwendung.

Leistung, als Rechtsfolge der Ehe tatsächlich bestand, eine analoge Anwendung desselben Paragraphen erscheint aber deswegen geboten, weil die Frau im gegebenen Fall jederzeit die Möglichkeit hatte die Nichtigkeitsklage zu erheben, und sich dadurch der Verpflichtung zu entziehen. Selbst dann wird die Rückforderung ausgeschlossen sein, wenn die Frau zwar bei der Eheschliessung die Nichtigkeit der Ehe nicht kannte, dieselbe aber später erfuhr, und trotzdem nachher die Leistungen fortsetzte. War sie dagegen gutgläubig, und blieb sie es, so wird sie allerdings den Bereicherungsanspruch geltend machen können, ausgeschlossen könnte er unter Umständen auch dann sein, wegen der zweiten Voraussetzung des § 814, weil die Leistung einer sittlichen Pflicht entsprach; das wird insbesondere dann häufig der Fall sein, wenn beide Ehegatten gutgläubig waren. Auch hier kann es sich natürlich aber nur um eine analoge Anwendung der Vorschriften über Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung handeln.

Nach § 1358 steht dem Manne das Recht zu, ein Rechtsverhältnis zwischen der Frau und einem Dritten zu kündigen, wenn das Vormundschaftsgericht die Ermächtigung dazu erteilt. Durch die Aufhebung aller Rechts folgen der Ehe mit Wirkung nach rückwärts wird auch dieses Recht und damit eine erfolgte Kündigung hinfällig. Die Folge davon ist jedenfalls, dass das betreffende Rechtsverhältnis wieder auflebt, die Frau wird daher seine Fortsetzung gegenüber dem Dritten beanspruchen können. Allerdings braucht ein zur Zeit der Kündigung gutgläubiger Dritter es wegen § 1344 nicht gelten zu lassen[1]), d. h. er kann sich auf die Wirksamkeit der Kündigung berufen. Wenn Thiesing (a. a. O.) behauptet, dass der die Nichtigkeit kennenden Frau ein solcher Anspruch auf Fortsetzung des Verhältnisses regelmässig nicht zustehen würde, so ist das gänzlich unbegründet. Thiesing weist darauf hin, dass das Vormundschaftsgericht die Ermächtigung zur Kündigung nicht erteilen werde, wenn die Frau den Nichtigkeitsgrund vorbringe. Das ist allerdings möglich, weil Voraussetzung für die Erteilung der Ermächtigung Beeinträchtigung der ehe-

1) Ebenso Thiesing S. 104.

lichen Interessen ist. (§ 1358), doch wird die obenerwähnte Behauptung Thiesing's dadurch natürlich nicht gestützt, weil eine Kündigung dann garnicht erfolgt sein kann. Es dürfte ferner nicht zutreffend sein, dem Dritten einen Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung für die Zwischenzeit zuzusprechen [1]). Schadenersatzpflichtig ist nach § 325 BGB derjenige, welcher infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes nicht erfüllt hat. Diese Voraussetzung trifft aber hier keineswegs zu, weil die Frau bloss deswegen nicht erfüllt hat, weil das Rechtsverhältnis damals infolge der Kündigung tatsächlich nicht bestand. Auch gegen den Mann kann der Dritte keine Ansprüche geltend machen, insbesondere keinen Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB., denn die Kündigung kann nicht etwa deswegen gegen die guten Sitten verstossen, weil der Mann die Nichtigkeit der Ehe kannte [2]). Der Dritte wird sich mithin auch seinerseits damit begnügen müssen eventuell auf Fortsetzung des Rechtsverhältnisses zu dringen.

Die Unterhaltspflicht der Ehegatten (§ 1360, 1361 BGB.) ist, wenn nicht die Voraussetzungen des § 1345 zutreffen, nach der Nichtigkeitserklärung als nie eingetreten anzusehen. Daraus folgt einmal, dass für die Vergangenheit (§ 1360, Abs. 3., § 1613) der Unterhalt nicht mehr verlangt werden kann [3]), und andererseits, dass den Ehegatten aus dem schon gewährten Unterhalt Ansprüche erwachsen können unter analoger Anwendung [4]) der §§ 812 ff. Endemann [5]) geht m. E. zuweit, wenn er solche Ansprüche deswegen ausschliessen will, weil, wie er sagt, die „Erwägung gelten muss, dass die Unterhaltsgewährung ohne Rücksicht auf guten oder bösen Glauben der Ehegatten sich als Erfüllung einer in der tatsäch-

1) So Thiesing S. 103.

2) Das scheint offenbar Thiesing S. 104 anzunehmen. An sich kann die Kündigung vielleicht einen Anspruch aus § 826 begründen, doch interessiert das hier nicht, weil das auch bei vollgültigen Ehen der Fall sein kann.

3) Vergl. Jur. Wochenschr. 1903 Beil. 12 № 245.

4) Für direkte Anwendung wiederum Thiesing S. 146.

5) a. a. O. S. 174. Anm. 72.

lichen ehelichen Lebensgemeinschaft begründeten Pflicht darstellt". Dieser Satz, der offenbar besagen will, dass ein Bereicherungsanspruch immer wegen § 814 ausgeschlossen sein wird, ist in seiner Allgemeinheit nicht haltbar. Man wird unterscheiden müssen: Waren beide Gatten bösgläubig, so wird man einen Rückforderungsanspruch im Hinblick auf § 814 zu verneinen haben, weil ein solcher ausgeschlossen ist, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war. Da man den gewährten Unterhalt jetzt nur unter dem Gesichtspunkt der Schenkung betrachten kann, wäre allenfalls ein Rückforderungsrecht auf Grund des § 525 BGB. denkbar, doch werden die Voraussetzungen desselben wohl nur selten zutreffen. Dasselbe wird zu gelten haben, wenn der unterhaltspflichtige Teil allein bösgläubig war, oder wenn er zwar von der Nichtigkeit der Ehe erst nach ihrer Eingehung erfuhr, aber die Unterhaltsgewährung trotzdem fortsetzte. War dagegen der unterhaltspflichtige Teil gutgläubig, und der andere bösgläubig, so wird eine entsprechende Anwendung der § 812 ff. wiederum möglich sein[1]), ja unter Umständen sogar ein Schadenersatzanspruch wegen unerlaubter Handlungen gegeben sein, z. B. in dem von Buhl[2]) gebildeten Beispiel, wenn die Ehe durch falsche Vorspiegelungen der bereits verheirateten Frau über ihren ledigen Stand zustandegekommen ist. Waren endlich beide Gatten gutgläubig, dann dürfte ein Rückforderungsanspruch allerdings häufig deswegen ausgeschlossen sein, weil die Leistung einer sittlichen Pflicht entsprach. Die Lage des einzelnen Falls kann darüber natürlich nur entscheiden.

Auch das gesetzliche eheliche Güterrecht ist, wenn nicht wiederum wegen Vorliegens der Voraussetzungen des § 1345 das dort gewährte Wahlrecht geltend gemacht ist, nach der Nichtigkeitserklärung als nie eingetreten anzusehen. Die Verwaltungsgeschäfte des Mannes werden daher unter dem Ge-

1) Warum die Geltendmachung des Bereicherungsanspruchs hier dem Anstande und den guten Verkehrssitten widersprechen sollte, wie Endemann a. a. O. S. 175 Anm. 72 behauptet, ist nicht einzusehen.

2) a. a. O. S. 151. Gegen diesen Schriftsteller, der die Unterhaltspflicht sogar während Bestehens der nichtigen Ehe verneint, vergl. Thiesing 105 f.

sichtspunkt des Auftrags oder der Geschäftsführung ohne Auftrag zu betrachten sein[1]) Wichtig kann das für die Frage nach der Haftung sein, doch soll diese erst weiter unten erörtert werden. Was die vermögensrechtliche Auseinandersetzung anbetrifft, so kann § 1421 jetzt natürlich nicht in Frage kommen. Die Frau muss ihr eingebrachtes Gut vom Manne vindizieren. An sich müsste sie die Herausgabe ihrer Sachen durch Einzelklagen bewirken. Erleichtert wird ihr das dadurch, dass regelmässig beide Voraussetzungen[2]) des § 260 BGB. vorliegen werden; es wird sich nämlich um einen Sachinbegriff handeln, und zugleich um eine Verpflichtung des Mannes, diesen herauszugeben. (wegen § 667 und 681 Satz 2 BGB.) Die Frau wird daher die Vorlegung eines Verzeichnisses und den Offenbarungseid vom Manne verlangen können[3]). Ausserdem könnte sie sich eventuell auf ein nach § 1372 aufgenommenes Verzeichnis stützen. Die gezogenen Nutzungen wird der Mann nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückgeben müssen gemäss § 988, bei Bösgläubigkeit gemäss den §§ 990, 987; wegeu Verwendungen wird er seinerseits nach § 994 ff. Ersatz beanspruchen können[4]).

Hatten die Ehegatten nach § 1432 ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch einen Ehevertrag geregelt, so ist auch ein solcher nach der Nichtigkeitserklärung als von Anfang an nichtig anzusehen. Die vermögensrechtliche Auseinandersetzung müsste daher auch in diesem Fall so erfolgen, als ob der vereinbarte Güterstand nie eingetreten wäre. Jedoch wird das nicht die notwendige Folge sein. Es ist mit Recht die Frage aufgeworfen worden, ob der abgeschlossene Ehevertrag

---

1) Diese ganze Frage wird von Thiesing S. 148 ff. sehr ausführlich behandelt, soll daher hier nur kurz gestreift werden.

2) Vergl. dazu R. O. L. G. 5. S. 153 f.

3) Ebenso Endemann S. 175. Dernburg Familienrecht S. 74, schlägt analoge Anwendung der §§ 2018 ff. vor, ohne diesen Vorschlag zu begründen. Für einen dinglichen Gesamtanspruch ist auch Crome Bd. IV. S. 92 Anm. 64. Das ist nicht richtig, weil ein Inbegriff von Sachen wegen § 985 nicht Gegenstand eines Eigentumsanspruchs sein kann. Vgl. Bunsen D. Schutz d. Eigentums im BGB. S. 426.

4) Vergl. Thiesing S. 154.

nicht als gewöhnlicher obligatorischer Vertrag aufrecht erhalten werden kann. Das ist nach § 140 BGB. durchaus möglich; dieser § bestimmt, dass, wenn ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts entspricht, letzteres gelten soll, wenn anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde. Planck[1]) und Schmidt[2]) geben die Möglichkeit einer solchen Konversion in unserem Fall aber nur zu, wenn beide Ehegatten die Nichtigkeit der Ehe kannten. Es ist jedoch durchaus denkbar, dass auch bezüglich der Ehenichtigkeit gutgläubige Ehegatten einen solchen Vertrag als ihren Interessen entsprechend unter allen Umständen aufrecht erhalten wissen wollen[3]). Ebenso ist es möglich, dass sie bei Kenntnis der Nichtigkeit es nicht getan hätten, daher geht Endemann[4]) wiederum zuweit, wenn er behauptet, die Voraussetzung des § 140 würden bei Gutgläubigkeit immer zutreffen. Es ist eigentlich selbstverständlich, dass das Tatfrage sein muss. Mit Recht wendet sich jedoch Endemann gegen die Behauptung Plancks, dass ein solcher Vertrag meist wegen § 138, als gegen die guten Sitten verstössend, nichtig sein werde. Denn höchstens kann das eheartige Leben der Gatten, aber niemals die vermögensrechtliche Ordnung ihrer Gemeinschaft als solche nach Art des ehelichen Güterrechts unsittlich sein. Es wird mithin meist ein Ehevertrag trotz der Nichtigkeitserklärung bei Bestand bleiben können.

Wie schon erwähnt, ist die veränderte Beurteilung des ehemännlichen Verwaltungsrechts von Bedeutung für die Frage der Haftung. Nach § 1359 haften Ehegatten einander nur für diejenige Sorgfalt, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen. Kommen aber die Grundätze über Auftrag oder Geschäftsführung ohne Auftrag zur Anwendung, so muss sich auch die Haftung gemäss § 276 verschärfen. Die Frage ist von Bedeutung nicht nur für die sich aus dem ehelichen Güterstande ergebenden Verpflichtungen des Mannes,

1) Bem. 1. zu § 1344.
2) S. 90.
3) Vgl. Thiesing S. 110.
4) a. a.O. S. 170 Anm. 49.

sondern auch für die aus den §§ 1357, 1358 erwachsenden Verpflichtungen der Frau. Thiesing[1]) will ausser im Fall des § 1345 die Anwendbarkeit des § 1359 nach der Nichtigkeitserklärung überhaupt ausschliessen. Uns scheint das zuweit gegangen, denn hier wird der Rückwirkung wieder die Schranke gesetzt werden müssen, die sich aus unserem zweiten allgemeinen Grundsatz ergibt. Es wird in diesem Falle wiederum die Frage der Schuld wesentlich und daher muss bei der Beurteilung der fraglichen Handlungen die Rechtslage im Zeitpunkt ihrer Begehung ausschlaggebend sein. Die Billigkeit der Durchführung unseres Satzes an dieser Stelle erhellt besonders deutlich, wenn man der Fälle gedenkt, wo der schuldige Ehegatte bezüglich der Ehenichtigkeit in gutem Glauben war. Es ergibt sich somit, dass der § 1359, der die mildere Haftung der Ehegatten statuiert, auch über die Nichtigkeitserklärung hinaus seine Anwendbarkeit behält. Mit Recht sagt auch Dernburg[2]), der den hier vertretenen Standpunkt teilt:

> „Was zur Zeit der Vornahme der Handlung nach § 1359 nicht schuldhaft war, kann den Gatten durch eine retrospective Betrachtung nicht zur Schuld beigemessen werden.

Andererseits ist zu beachten, dass unter Umständen die Haftung des Mannes sich noch mehr wird verschärfen können als es durch Anwendung des § 276 möglich wäre, nämlich dann, wenn die Eingehung der Ehe sich als unerlaubte Handlung darstellt, z. B. im Falle der §§ 1326, 1327, 1334, 1335. Dann wird man sagen können, dass der Mann der Frau ihr Gut durch eine unerlaubte Handlung entzogen hat[3]), sodass er gemäss § 848 auch für Zufall haftet. Dieses Ergebnis ist auch durchaus billig — man denke z. B. an den Fall, dass

---

1) a. a. O. S. 100, 146, 153. So anscheinend auch Endemann a. a. O. § 160 4. c. 2.

2) Familienrecht S. 72. Vergl. auch Crome a. a. O. S. 92.: „Wo es sich um die Beurteilung eines Seelenzustandes handelt, kann es nur darauf ankommen, wie der betreffende Ehegatte vor erklärter Ungiltigkeit der Ehe über ihr Bestehen dachte, nicht wie das Gesetz jetzt hinterher darüber bestimmt."

3) So mit Recht Thiesing S. 153.

der Mann durch Drohung die Frau zur Eingehung der Ehe bestimmt hat und nur den Zweck dabei im Auge gehabt hat, sich in den Besitz ihres Vermögens zu setzen.

Wir haben nunmehr noch einen Blick auf die erbrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten zu werfen. Das gesetzliche Erbrecht gemäss § 1931 wird nicht eintreten; selbstverständlich ist das, wenn die Ehe für nichtig erklärt ist, denn dieses Erbrecht kommt nicht einmal geschiedenen Ehegatten zu, da es von der Auflösung der Ehe an keine „Ehegatten" mehr gibt. Aber auch wenn die „mittelbar" nichtige Ehe durch Tod eines der Ehegatten „unmittelbar" nichtig wird, muss dasselbe gelten. Denn auch das Erbrecht der Ehegatten ist eine Rechtsfolge der Ehe und kann daher beim Nichtigwerden der Ehe nicht mehr zur Geltung kommen. Für letztwillige Verfügungen, durch die der Erblasser seinen Ehegatten bedacht hat, trifft das Gesetz eine ausdrückliche Bestimmung: Nach § 2077 ist eine solche unwirksam, wenn die Ehe nichtig ist, nur dann soll sie wirksam sein, wenn anzunehmen ist, dass sie auch für einen solchen Fall getroffen worden wäre (§ 2077 Abs. 3). Wenn § 2268 Abs. 1 bestimmt, dass ein gemeinschaftliches Testament der Ehegatten unwirksam ist, wenn die Ehe nichtig ist, so versteht sich das eigentlich von selbst, weil ein solches nach § 2265 überhaupt nur von Ehegatten errichtet werden kann, und die Ehegatten nach dem Eintritt der vollen Nichtigkeit auch im Hinblick auf die Vergangenheit nicht mehr als solche anzusehen sind. Erbverträge, die unter den nur für Ehegatten geltenden Vergünstigungen der §§ 2275 Abs. 2 (wonach beschränkte Geschäftsfähigkeit zum Abschluss genügt) und 2276 Abs. 2 (wonach die für den Ehevertrag geltende Form genügt) geschlossen sind, müssen jedoch ipso jure nichtig sein[1]) aus demselben Grunde, wie Eheverträge und gemeinschaftliche Testamente. Im übrigen gilt für Erbverträge dasselbe, wie für letztwillige Verfügungen (§ 2279 Abs. 2).

Was das Verhältnis der Ehegatten zu Dritten betrifft, so ist zu erwähnen, dass auch die nichtige Ehe Schwägerschaftsverhältnisse begründet. Mit der Nichtigkeitserklärung oder

1) Vergl. Thiesing S. 158 f.

Auflösung der nichtigen Ehe aber hört die Schwägerschaft auf[1]), und es ist so anzusehen, als hätte sie nie bestanden. Jedoch wird hier wiederum der Zustand, wie er tatsächlich zur Zeit des Bestehens der nichtigen oder anfechtbaren Ehe vorlag, nachträglich noch von Bedeutung sein können, und zwar für das Strafrecht. Nachdem schon zur Anwendung gelangten Satz, dass für die Beurteilung eines strafrechtlichen Tatbestandes nur der Zeitpunkt seiner Vollendung massgebend ist, ergibt sich von selbst, dass, wo das Strafrecht beim Vorliegen von Schwägerschaftsverhältnissen Sondervorschriften trifft, diese auch dann zur Anwendung gelangen müssen, wenn die Strafverfolgung erst nach der Ehenichtigkeitserklärung oder Auflösung der nichtigen Ehe eintritt. Derselbe Gesichtspunkt muss natürlich auch für Anwendung derjenigen strafrechlichen Vorschriften in Betracht gezogen werden, die speziell für Ehegatten gelten. Daher sollen auch sie in diesem Zusammenhange besprochen werden; ebenso die von „Angehörigen" im allgemeinen handelnden Strafbestimmungen, denn zu den „Angehörigen" gehören nach § 52 Abs. 2 StGB sowohl Verschwägerte als auch Ehegatten. Im einzelnen ergibt sich folgendes[2]): Straferhöhungs-, Strafminderungs- und Strafausschliessungsgründe, die auf Angehörigkeitsverhältnissen beruhen, fallen auch dann ins Gewicht, wenn die Tat während bestehender nichtiger Ehe begangen ist, durch welche diese Verhältnisse begründet sind, und die Strafverfolgung erst nach der Nichtigkeitserklärung eintritt. Daher ist z. B. eine strafbare Handlung nicht vorhanden, wenn der Täter durch unwiderstehliche Gewalt, oder durch eine Drohung, welche mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben eines seiner Angehörigen verbunden war, zu der Handlung genötigt worden ist (§ 52 Abs. 1 StGB, und die das Angehörigkeitsverhältnis begründende Ehe nichtig oder anfechtbar war. Dasselbe gilt für § 54 StGB. Ferner ist z. B. die Begünstigung (§ 257 Abs. 2 StGB) straflos wenn sie dem Täter oder Teilnehmer von einem Angehörigen gewährt

1) So auch Endemann a. a. O. S. 472 A. M. Tiesing S. 118.

2) Vergl. dazu Müller, Einfluss der Nichtigkeit u. Anfechtbarkeit der Ehe auf Strafrecht u. Strafprozess, Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. Bd. 71 S. 541 ff.

worden ist um ihn der Bestrafung zu entziehen. Auch hier wird für die Frage, ob es sich um einen Angehörigen handelt nur die tatsächliche Lage zur Zeit der Handlung in Betracht kommen. Entsprechende Entscheidungen sind dann noch in folgenden Fällen zu treffen: § 181 Ziffer 2, § 213, § 247 Abs. 2. § 370 Ziffer 5 StGB. — Ferner wird im Falle eines Betruges gegen Angehörige (§ 243 Abs. 4 Satz 1), eines Diebstahls oder einer Unterschlagung gegen Angehörige (§ 247 Abs. 1), sowie der Wilderei an Orten, wo der Berechtigte ein Angehöriger ist (§ 292 Abs. 2) zur Strafverfolgung ein Antrag des Angehörigen auch dann erforderlich sein, wenn die das Angehörigkeitsverhältnis begründende Ehe für nichtig erklärt ist, vorausgesetzt dass die Tat selbst vor diesem Zeitpunkt begangen ist. Entsprechend wird ferner zu entscheiden sein, wenn die Zurücknahme des auf die Strafverfolgung gerichteten Antrags nur Angehörigen gestattet ist (§§ 232 Abs. 2, 263 Abs. 4 Satz 2, 303 Abs. 4), d. h. sie werden dieses Rechtes nicht verlustig gehen. — Endlich sei noch der Vorschrift des § 373 StGB gedacht, wonach der Beischlaf zwischen Verwandten bezw. Verschwägerten auf- und absteigender Linie mit Strafe bedroht ist. Auch hier kann nicht etwa die Straflosigkeit der begangenen Handlung dadurch begründet werden, dass die das Schwägerschaftsverhältnis begründende Ehe vor Beginn der Strafverfolgung für nichtig erklärt wird. Mit Recht führt Müller aus, dass es „gegen jedes Gerechtigkeitsgefühl verstossen würde, wenn man die ausserehelichе Tochter der Willkür ihrer Mutter oder ihres Stiefvaters aussetzen wollte. Dies würde jedoch eintreten, wenn man der Anfechtbarkeit der Ehe einen Einfluss auf die Feststellung des Tatbestandes einräumen würde, da mit der Nichtigkeitserklärung der Ehe infolge Anfechtung das Schwägerschaftsverhältnis des Beschuldigten in Wegfall kommen könne, bei Unterlassung aber bestehen bleiben und damit die Strafbarkeit begründen würde".

Der den vorstehenden Entscheidungen von uns zu Grunde gelegte Satz findet sich auch bei Olshausen ausgesprochen; es heisst in Anm. 17 zu § 52 StGB:

„Für die Frage, ob der Bedrohte ein Angehöriger gewesen, kommt lediglich die Zeit in Betracht, in welcher der

Täter die zu der fraglichen Handlung erforderliche Willensbetätigung vornahm".

Allerdings macht dieser Schriftsteller keine Anwendung von dem Satze in dem hier verfochtenen Sinne. In Anm. 19 zu § 52 wird nämlich gelehrt, dass nichtige oder anfechtbare Ehen sogar während ihres Bestehens keine Schwägerschaftsverhältnisse erzeugen. Die Unrichtigkeit dieser Anschauung braucht nach allen unseren vorstehenden Ausführungen nicht mehr besonders dargetan zu werden[1])

Es fragt sich nun, ob das Bestandenhaben von Schwägerschaftsverhältnissen und von nichtigen und anfechtbaren Ehen noch in anderer Beziehung nach erfolgter Nichtigkeitserklärung von Bedeutung sein kann. Man hat einen Hinweis darauf, in den sogleich zu besprechenden Vorschriften der Prozessordnungen finden wollen[2]).

Gemäss § 22 Ziff. 2, 3 StPO und § 41 Ziff. 2, 3 ZPO z. B. ist ein Richter von der Ausübung seines Amtes in Sachen seiner Ehefrau kraft Gesetzes ausgeschlossen, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht, und in Sachen einer Person, mit welcher er in gerader Linie verwandt, verschwägert oder durch Adoption verbunden, in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert ist, auch wenn die Ehe, durch welche die Schwägerschaft begründet ist, nicht mehr besteht. Entsprechende Vorschriften finden sich dann ferner für die Ablehnung von Richtern (StPO. § 24, ZPO. § 43), für Ausschluss und Ablehnung von Geschworenen, Schöffen und Gerichtsschreibern (GVG. § 156, Abs. 1 Ziff. 2, 3, Abs. 2, Ziff. 2,3, StPO. §§ 31, 32, ZPO. § 49), für das Zeugnisverweigerungsrecht (StPO. § 51 Abs. 1, Ziff. 2, 3, ZPO. § 383 Ziff. 2, 3), für das Recht von Sachverständigen zur Verweigerung des Gutachtens (StPO. § 76 ZPO. § 408 Abs. 1), und ferner in den §§ 57, 95, 97 StPO. und § 393 Abs. 3 ZPO. Die Frage ist, ob unter einer „nicht mehr bestehenden Ehe" im Sinne dieser Vorschriften auch eine für nichtig erklärte oder aufgelöste nichtige Ehe, oder ob darunter nur eine

1) Gegen sie auch Frank IV, 2 zu § 52.

2) Vgl. Gaupp-Stein, Bem. III zu § 41 ZPO., Müller a. a. O. S. 544.

durch Scheidung oder Tod aufgelöste gültige Ehe zu verstehen ist. Gaupp-Stein (a. a. O.) und Müller (a. a. O.) sind der ersteren Ansicht. Die Unrichtigkeit dieser Anschauung ergibt sich jedoch aus Folgendem: Wenn sich z. B. die Worte des § 41 Ziff. 3. ZPO. „auch wenn die Ehe, durch welche die Schwägerschaft begründet ist, nicht mehr besteht," auch auf Ehen beziehen würden, die für nichtig erklärt sind, so wäre es unverständlich, warum nicht auch der Verwandschaftsverhältnisse[1]) an dieser Stelle gedacht ist. Besteht ein solches z. B. zwischen dem Vater und einem aus nichtiger Ehe entsprossenen Kinde, so kommt es mit der Nichtigkeitserklärung jedenfalls in Wegfall, wenn beide Eltern bösgläubig waren (§ 1699 Abs. 1, § 1589 Abs. 2 BGB.). Es liegt aber nicht der geringste Grund dafür vor, anzunehmen, dass ein nicht mehr bestehendes Verwandschaftsverhältnis anders behandelt werden soll, als ein nicht mehr bestehendes Schwägerschaftsverhältnis. Es muss daraus geschlossen werden, dass unter einer „nicht mehr bestehenden" Ehe in dieser und in anderen erwähnten Bestimmungen nur aufgelöste gültige und geschiedene Ehen zu verstehen sind. Ein weiterer Beweis dafür liegt in den §§ 2234 ff., 2244 Abs. 1. 2249 Abs. 1, 2250 Abs. 2 Satz 2 BGB. Es heisst im § 2234:

> „Als Richter, Notar, Gerichtsschreiber oder Zeuge kann bei der Errichtung des Testaments nicht mitwirken:
> 1. der Ehegatte des Erblassers, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht;
> 2. wer mit dem Erblasser in gerader Linie oder im zweiten Grade der Seitenlinie verwandt oder verschwägert ist".

Hier fehlen im letzten Satz die Worte „auch wenn die Ehe, durch welche das Schwägerschaftsverhältnis begründet ist, nicht mehr besteht". Der Grund dafür liegt im § 1590 Abs. 2 BGB., wonach die Schwägerschaft nach Auflösung der Ehe fortdauert, daher bedurfte es im BGB. der besonderen

---

1) Nach Artikel 33 Einf. G. zum BGB. bestimmt sich der Begriff dieser, sowie der Schwägerschaftsverhältnisse in ZPO., StPO. und GVG, nach dem BGB.

Hervorhebung der oben erwähnten Worte nicht mehr. Es ist somit klar, dass unter einer „nicht mehr bestehenden Ehe“ eine für nichtig erklärte in allen diesen Fällen nicht gemeint sein kann. Eine andere Frage ist es allerdings, ob eine solche gesetzliche Regelung als glücklich bezeichnet werden kann. Der innere Grund z. B., der einen Richter von der Ausübung seines Amtes in Sachen seiner geschiedenen Ehefrau ausschliesst, dürfte ebenso auch ins Gewicht fallen, wenn es sich um eine für nichtig erklärte Ehe handelt. Jedoch hier kann unsere Aufgabe nur sein, den Standpunkt festzustellen, den das Gesetz eingenommen hat, und an diesem dürfte nach den obigen Darlegungen nicht zu zweifeln sein.

Was die vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten zu Dritten betrifft, so liegt hier einer der Punkte vor, wo die Grenzen der Rückwirkung der Nichtigkeitserklärung vom Gesetz ausdrücklich festgelegt sind. Nach § 1344 BGB. können einem Dritten gegenüber aus der Nichtigkeit der Ehe Einwendungen gegen ein zwischen ihm und einem der Ehegatten vorgenommenes Rechtsgeschäft, oder gegen ein zwischen ihnen ergangenes rechtskräftiges Urteil nur hergeleitet werden, wenn zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäftes oder zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit die Ehe für nichtig erklärt, oder die Nichtigkeit der Ehe dem Dritten bekannt war. Greift die Vorschrift dieses § nicht Platz, so ist die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte, die die Frau auf Grund ihrer Schlüsselgewalt, oder der Mann auf Grund seines Verwaltungsrechts vorgenommen hat, nach der Nichtigkeitserklärung nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. Es werden in diesen Fällen die Vorschriften über Vollmacht und Stellvertretung (insbesondere § 177 BGB.), oder über Verfügungen eines Nichtberechtigten (§ 185 BGB.) massgebend sein.

Wir haben endlich noch das Verhältnis der Ehegatten zu ihren Kindern zu betrachten. Mit der Nichtigkeitserklärung würden diese schlechthin als uneheliche zu betrachten sein, wenn das Gesetz nicht weitgehende Ausnahmen aufstellen würde, die die rückwirkende Kraft der Nichtigkeitserklärung einschränkten. Nach § 1699 Abs. 1 gilt ein Kind aus einer nichtigen Ehe als ehelich, sofern nicht beide Ehegatten die

Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschliessung gekannt haben. Nichtigkeitsrecht tritt also nur bei beiderseitiger Bösgläubigkeit der Ehegatten ein. Dann finden auf die Kinder die Vorschriften der §§ 1705 ff. Anwendung. Hier könnte nun wieder dieselbe Frage aufgeworfen werden, die vorhin bei den Ausführungen über die Schwägerschaftsverhältnisse erörtert wurde, ob nämlich die Tatsache, dass bis zur Nichtigkeitserklärung ein Verwandtschaftsverhältnis tatsächlich bestanden hat, nicht noch nachträglich bedeutsam werden kann. Dort fanden wir, dass die richtige Beantwortung der Frage von Bedeutung für das Strafrecht sei. Hier müsste die Antwort an sich ebenso ausfallen. Doch verliert die Frage deswegen ihre praktische Bedeutung, weil das Strafrecht, wo es den Begriff „Verwandtschaft" braucht, darunter immer auch uneheliche Verwandtschaft mit versteht. M. a. W. der § 1559 Abs. 2 BGB findet auf dem Gebiete des Strafrechts keine Anwendung [1]). Was die prozessrechtlichen Vorschriften anbetrifft, so gilt für das Zeugnisverweigerungsrecht, den Ausschluss von Gerichtspersonen von der Amtsausübung u. s. w. das Gleiche, wie es oben für die Schwägerschaftsverhältnisse ausgeführt wurde, d. h. die besonderen Rechtssätze, die für Verwandtschaftsverhältnisse aufgestellt sind, finden nach der Nichtigkeitserklärung keine Anwendung mehr.

Für Namen, Staatsangehörigkeit, Wohnsitz der Kinder gilt dasselbe, wie für die Stellung der Frau in diesen Beziehungen (Vgl. oben S. 55 ff.).

Die elterliche Gewalt des Vaters hört auf; da diese aber auch die Vertretung des Kindes in vermögensrechtlicher Beziehung (§ 1630 BGB) umfasst, müssen wegen der Rückwirkung der Nichtigkeitserklärung alle Rechtshandlungen des Vaters, die er in Ausübung seiner Vertretungsbefugnis vorgenommen hat, nichtig werden bezw. nach § 177 ff. BGB zu beurteilen sein [2]). Streitig ist nun die Frage, ob

---

1) So die herrschende Lehre. Vgl. Frank, IV, 1 zu § 52, von Liszt, S. 150 Anm. 4, Meyer-Allfeld S. 235 Anm. 18.

2) So die herrschende Lehre. Vgl. z. B. Planck Bem. 7 zu § 1701 u. a. A. M. Dernburg, Familienrecht § 86, II, vgl. darüber unten.

das alles auch gutgläubigen Dritten gegenüber gilt. Eine Bestimmung, wie sie § 1344 zu deren Schutz enthält, fehlt an dieser Stelle. Doch wird man keine Bedenken zu tragen brauchen, dieselbe hier entsprechend anzuwenden [1]). Angesichts der vollen Analogie, die zwischen den Interessenlagen, hier und dort besteht, wird man diese Möglichkeit nicht in Abrede stellen können. Jedoch es ist dagegen geltend gemacht worden, dass § 1344 als „Ausnahmevorschrift„ zu analoger Anwendung nicht geeignet sei [2]). Dieser Einwand ist nun gewiss an dieser Stelle nicht durchschlagend. Wir erinnern uns unserer Ausführungen (Vgl. S. 50. f.) über die Grenzen, die der Rückwirkung zu setzen sind. Wir haben gefunden, dass im § 1344 ein Rechtsgedanke enthalten sei, der viel allgemeinere Bedeutung beanspruchte, als auf den ersten Blick erschien. Der dort statuierte Schutz des gutgläubigen Dritten stellte sich keineswegs als Ausnahme dar, sondern vielmehr als Anwendungsfall eines allgemeinen dem Gesetze zu Grunde liegenden Prinzips, das sich direkt aus § 142 Abs. 2 BGB ergab und das an dieser Stelle nur übersehen werden konnte, wenn man die Ehenichtigkeit als wahre Nichtigkeit und nicht als bloss Aufhebbarkeit betrachtete. So aber kann kein Zweifel mehr bestehen, dass diese sogen. „Aussnahmevorschrift" des § 1344 in dem uns jetzt interessierenden Punkt zur analogen Anwendung zu gelangen hat. Auf anderem Wege will Dernburg (a. a. O.) in unserem Fall Hülfe schaffen, in m. E. nicht glücklicher Weise. Er meint, das Aufhören der elterlichen Gewalt des Vaters wirke überhaupt nicht nach rückwärts, es träte sogar erst dann ein, wenn die Bösgläubigkeit des Vaters rechtskräftig festgestellt sei. Die erste Behauptung, die eine Konsequenz der Anschauung Dernburgs von der beschränkten Rückwirkung der Nichtigkeitserklärung ist, bedarf hier keiner besonderen Widerlegung mehr; ihre Unrichtigkeit ist oben (vgl. Seite 48) dargetan worden. Hier ist sie umso bedenk-

1) So Planck, Bem. 7 zu § 1701, Crome Bd. 4, S. 546, Anm. 20 Endemann a. a. O. S. 633, Anm. 30.

2) So Staudinger Bem. 5 zu § 1701. Opet Bem 5 zu § 1701. Thiesing S. 212.

licher, weil selbst Dernburg in der entsprechenden Beziehung — beim ehemännlichen Verwaltungsrecht — die rückwirkende Kraft gelten lässt. Was aber die Behauptung betrifft, dass der Vater erst mit dem Urteil, welches auf die Klage „auf Anerkennung des Nichtbestehens der elterlichen Gewalt wegen Schlechtgläubigkeit" hin ergeht, die elterliche Gewalt verliert, so liegt darin ein offenbarer Widerspruch. Wie soll dieses Feststellungsurteil eine solche rechtsändernde Kraft haben [1])? Die Rechtsänderung, d. h. der Verlust der elterlichen Gewalt, ist wie die Aufhebung aller übrigen Rechsfolgen der Ehe, selbstverständlich schon mit der Niehtigkeitserklärung eingetreten.

Endlich sei erwähnt, dass für die Herausgabe der Nutzungen am Kindesvermögen, wie für die vermögensrechtliche Auseinandersetzung überhaupt hier dieselben Grundsätze Platz greifen, wie für die entsprechenden Beziehungen zwischen den Ehegatten.

Von Bedeutung wird hier wieder die Frage der Haftung. Es werden dabei dieselben Erwägungen zu gelten haben, wie für die gegenseitige Haftung der Ehegatten (vgl. Seite 67 f). Danach wird dem Vater jedenfalls immer die Bestimmung des § 1664 über die mildere Haftung zu Gute kommen, auch wenn die elterliche Gewalt ihm nachträglich verloren geht.

In einer Beziehung hat das Gesetz selbst auch hier noch die Rückwirkung begrenzt: Gemäss § 1703 kann das für unehelich geltende Kind dennoch vom Vater, solange er lebt, Unterhalt wie ein eheliches Kind verlangen.

Wir haben nun noch einer Frage näher zu treten, bei der das hier erörterte Problem über die Grenzen der Rückwirkung der Nichtigkeitserklärung von besonderem Interesse ist. Es ist die Frage nach den Wirkungen der Anfechtung m Falle des § 1350 BGB. Die Schwierigkeiten, die sich aus ihr ergeben, haben zu Meinungsverschiedenheiten in der Litteratur geführt und ein Eingehen auf sie wird für uns von umso grösserem Interesse sein, als sich zeigen wird, dass nur von dem hier vertretenen Standpunkt über das Wesen der Nichtigkeitserklärung der Ehe und unter richtiger Anwendung

1) Darauf weist mit Recht Thiesing, S. 218 Anm. 54 hin.

der von uns aufgestellten Sätze über die Grenzen ihrer Rückwirkung eine befriedigende Lösung der Schwierigkeiten sich ergeben kann. Bekanntlich kann der zurückgebliebene Gatte eines für tot Erklärten nach § 1348 Abs. 1 eine neue Ehe eingehen, und die Ehe ist selbst dann gültig, wenn der für tot Erklärte noch lebt. Mit der neuen Eheschliessung wird die alte Ehe aufgelöst (§ 1348 Abs. 2), jedoch kann jeder Ehegatte der neuen Ehe diese anfechten, wenn der für tot Erklärte noch lebt (§ 1350), es sei denn, dass er bei der Eheschliessung von dessen Leben Kenntnis hatte. Welche Wirkung hat nun die auf die Anfechtung hin ergehende Nichtigkeitserklärung auf die frühere Ehe? Staudinger [1]), Opet [2]), Schmidt [3]), Dochnahl [4]), Endemann [5]) u. a. behanpten, die Nichtigkeitserklärung stelle fest, dass die frühere Ehe überhaupt nicht aufgelöst worden sei, sondern die ganze Zeit hindurch fortbestanden habe. Das widerspricht offenbar dem Gesetz, denn der § 1348 Abs. 2 sagt klar und deutlich, dass die frühere Ehe aufgelöst wird, und das ist mit einem ununterbrochenen Fortbestehen unvereinbar. Planck [6]), der sonst mit den genannten Schriftstellern in der Lehre von der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe meist übereinstimmt, tritt hier in Gegensatz zu diesen und zwar mit Recht. Er will, dass die erste Ehe wieder auflebe, sobald die zweite Ehe für nichtig erklärt ist. Auf einem anderen Standpunkt stehen Dernburg [7]) und Bernhöft [8]). Ihrer Meinung nach bleibt die Auflösung der ersten Ehe in Kraft, auch wenn die zweite Ehe für nichtig erklärt ist. Dernburg zeigt zuerst, dass im Falle des § 1348 auch eine „nichtige" Ehe die frühere Ehe auflöse [9]), und meint dann, wenn schon die nichtige Ehe

1) Staudinger, Bem. 3 zu § 1350.
2) Opet, Bem. 5 zu § 1350.
3) Schmidt, Bem. 4a zu § 1350.
4) Dochnahl, Archiv für Bürg. Recht, Bd. 26, S. 321 ff.
5) Endemann, Bd. II, 2. S. 224. Anm. 21.
6) Planck, Bem. 2d β zu § 1350. Ebenso Jacobi a. a. O. S. 58, Matthias S. 243, Friedberg § 143, Anm. 23.
7) Wiederverheiratung S. 7 ff.
8) Bernhöft, a. a. O. S. 276 ff.
9) In diesem Punkt ist Dernburg zuzustimmen. (vgl. Seite 46 f.).

diese Kraft habe, müsse eine solche umsomehr einer bloss anfechtbaren zugeschrieben werden. Die Auflösung aber sei eine endgültige. Bei Erörterung dieses Punktes fasst Dernburg aber nur die beiden Möglichkeiten ins Auge, dass entweder die Auflösung überhaupt nicht stattfindet, oder dass sie endgültig sei. Die erstere, meint er, werde von der herrschenden Meinung nur aus dem gestrichenen § 1252 Abs. 2 des ersten Entwurfs hergeleitet. Es heisst auf Seite 14:

> „Wäre § 1252 Abs. 2 stehen geblieben, so hätte man allerdings argumentieren müssen: wird eine neue nichtige Ehe geschlossen, so ist nach dem Gesetze anzunehmen, dass der Fall so zu behandeln sei, als sei die neue Ehe nicht geschlossen, folglich die frühere durch die zweite nichtige Ehe nicht aufgelöst".

Hiergegen ist einerseits zu sagen, dass das, was § 1252 Abs. 2 enthielt, auch noch heute gilt (vgl. oben S. 48), andererseits aber „muss" deswegen noch lange nicht so „argumentiert" werden, wie Dernburg andeutet. Denn bis zur Nichtigkeitserklärung hat auch die nichtige Ehe alle Wirkungen der gültigen, folglich löst sie die alte Ehe auf, nach der Nichtigkeitserklärung erst ist der Fall so zu „behandeln, als sei die Ehe nicht geschlossen", keineswegs wird aber dadurch die Tatsache der Auflösung der früheren Ehe weggeleugnet. Vielmehr handelt es sich um folgendes: die Auflösung der früheren Ehe ist eine tatsächliche Rechtswirkung der neuen Ehe. Entfallen nun mit der Nichtigkeitserklärung der neuen Ehe die Rechtswirkungen derselben, so wird auch die Auflösung hinfällig, d. h. sie ist als nicht eingetreten zu betrachten, und das Resultat für die dann bestehende Rechtslage ist die Wiederherstellung der alten Ehe. Wegen der rückwirkenden Kraft der Nichtigkeitserklärung wird aber diese wieder erstandene alte Ehe (mit Recht spricht Planck von einem „Wiederaufleben") so behandelt, als hätte sie nie zu bestehen aufgehört. Der Unterschied dieser Konstruktion von derjenigen der herrschenden Meinung, die behauptet, dass das Fortbestehen der alten Ehe Tatsache sei, ist offensichtlich und führt hier, wie wir sehen werden, auch zu praktisch erheblich anderen Resultaten. Es fragt sich nämlich, und darin

sehen die meisten die Hauptschwierigkeit unseres Falles, was aus einer von dem für tot Erklärten im Vertrauen auf die Auflösung seiner alten Ehe geschlossenen neuen Ehe wird, wenn die neue Ehe des Zurückgebliebenen für nichtig erklärt wird. Vom Standptunkt der herrschenden Meinung ist eine solche nichtig, weil sie gegen das Verbot des § 1326 verstösst, eine Folgerung, die allerdings unumgänglich ist, wenn die alte Ehe tatsächlich fortbestanden haben soll. Nun ist aber mit Recht betont worden, dass dieser Erfolg vom Gesetz nicht gewollt sein kann. Bernhöft (a. a. O. S. 278) weist zutreffend darauf hin, dass es ein unsittliches Ergebnis sei, wenn der Ehegatte des Zurückgebliebenen, dem ja auch das Anfechtungsrecht des § 1350 zusteht, über das Schicksal dreier Ehen bestimmen könne. Dernburg (a. a. O. S. 26) sagt:

„Es giebt ein Kinderspiel: Wechselt eure Plätze, ein lustiges Spiel! Aber die Ehe ist kein Spiel und darf keine Organisation haben, welche solchem Spiele gleicht".

Endlich Endemann (a. a. O. S. 224 Anm. 21): Nach der herrschenden Lehre „gerate allerdings alles ins Schwanken und der Versuch des Gesetzes in § 1348 Abs. 2 Satz 1 die Wirkungen der Todeserklärung zu verstärken, wäre lahm gelegt".

Die Berechtigung dieser scharfen Kritik ist nicht zu verkennen. Nun bietet ja allerdings die Anschauung Dernburgs und Bernhöfts hier Hilfe, denn die neue Ehe des für tot Erklärten bleibt jedenfalls bestehen, weil die Auflösung der alten Ehe endgültig ist; doch stützt sich diese Meinung, wie gezeigt, auf eine falsche Auffassung der Natur der Nichtigkeitserklärung. Endemann sucht zu helfen, indem er vorschlägt, den § 1348 Abs. 2 auf die neue Ehe des für tot Erklärten analog anzuwenden, d. h. dieser ebenfalls die Kraft zuzuschreiben, die alte Ehe aufzulösen. Man wird auch dieses ablehnen müssen, weil sich dafür nicht die geringste Stütze im Gesetz findet. Es bedarf aber auch keiner solchen Analogie, um die Schwierigkeiten zu beseitigen. Es kann nicht zweifelhaft sein, dass die neue Ehe des für tot Erklärten gültig ist und gültig bleibt, denn zur Zeit ihrer Entstehung lag wegen

tatsächlicher Auflösung der alten Ehe ein Ehehindernis nicht vor. Die Nichtigkeitserklärung der neuen Ehe des Zurückgebliebenen hat an sich die Kraft, die alte Ehe wiederherzustellen und es kann sich hier nur um die Frage handeln, ob das in diesem Fall noch möglich ist. Es ist aber deswegen zu verneinen, weil das Gesetz, wenn es das wollte, gegen seine eigenen Grundsätze, nämlich § 1326, verstossen würde, denn der Erfolg wäre, dass der für tot Erklärte sich nunmehr im legitimen Besitz zweier Gatten befände. An dieser neuen Ehe findet also die Wirkung der Nichtigkeitserklärung ihre Schranke[1]). Friedberg (§ 143 Anm. 26), der ebenfalls die Ansicht vom Wiederaufleben der alten Ehe und der Gültigkeit der neuen Ehe des für tot Erklärten vertritt, kommt jedoch zu einem anderen Resultat. Er meint, aus dem Dilemma, das hier vorliegt, könne man nur durch die Annahme kommen, dass die Gültigkeit der zweiten Ehe des Verschollenen wegen § 1309 solange in suspenso ist, bis die Anfechtungsklage der zweiten Ehe des Zurückgebliebenen ausgeschlossen sei. Das widerspricht aber dem Gesetz, denn wie Bernhöft (a. a. O. S. 281) mit Recht bemerkt, kennt dieses nur zwei Fälle, in denen

---

1) Ebenso wie die Rückwirkung des Rescissionsurteils, das ein Scheidungsurteil aufhebt, ihre Schranke an einer von einem der geschiedenen Ehegatten eingegangenen neuen Ehe findet, d. h. auch hier kann die alte Ehe wegen § 1326 nicht wiederhergestellt werden. Hellwig, Grenzen S. 50 ff. leitet die Unmöglichkeit der Wiederherstellung aus einem Prinzip ab, das er so formuliert: „Wird eine gerichtliche Entscheidung, welche im Gebiete der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit einen bestimmten Rechtszustand hergestellt hat, als ungerechtfertigt aufgehoben, so hat die Aufhebung zwar prinzipiell rückwirkende Kraft, aber die Rechtslage, die für Dritte auf Grund jenes Rechtszustandes gesetzmässig entstanden ist, wird durch die Aufhebung nicht berührt". Die Richtigkeit dieses Prinzips soll nicht in Zweifel gezogen werden, nur würde es in unserem Fall nicht ausreichen. Das von uns aufgestellte Prinzip, dass die Rückwirkung nur soweit eintreten kann, als sie nicht gegen die Grundsätze des Gesetzes selbst verstösst, deckt dagegen beide Fälle (vgl. dazu oben S. 52 f). Neustadt, a. a. O. S. 316, will Hellwigs Prinzip auch auf den oben behandelten Fall anwenden, jedoch mit Unrecht: denn die Eheschliessung gehört nicht zu den dort erwähnten „gerichtlichen Entscheidungen", was Hellwig (Grenzen S. 27) sogar ausdrücklich hervorhebt.

eine Ehe in suspenso ist, die heilbare Nichtigkeit und die Anfechtbarkeit. Einen dritten Fall zu schaffen biete das Gesetz nicht den geringsten Anlass.

Vielmehr kann gerade der § 1309 die hier verfochtene Ansicht nur unterstützen. Er lautet:

> Niemand darf eine Ehe eingehen, bevor seine frühere Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt ist.

Wenn das Gesetz aber eine solche ausdrückliche Erlaubnis erteilt (diese liegt doch wohl in dem zitierten §), unter Umständen, nämlich wenn die frühere Ehe aufgelöst ist, eine neue zu schliessen, so würde es seine eigene Autorität preisgeben, wenn es dieselbe Ehe nachträglich doch wieder nichtig werden liesse. Endlich wird die hier vertretene Ansicht noch dadurch unterstützt, dass es eine Vorschrift im Gesetze gibt, die sich nur aus derselben Erwägung erklärt, die auch die Grundlage für unsere Entscheidung bot. Es ist der § 1309 Abs. 2, welcher lautet:

> Wird gegen ein Urteil, durch das die frühere Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist, die Nichtigkeitsklage oder die Restitutionsklage erhoben, so dürfen die Ehegatten nicht vor der Erledigung des Rechtsstreits eine neue Ehe eingehen, es sei denn, dass die Klage erst nach dem Ablaufe der vorgeschriebenen fünfjährigen Frist erhoben worden ist.

Diese Vorschrift erklärt sich daraus, dass das auf die Nichtigkeitsklage oder Restitutionsklage ergehende Urteil, das die frühere Ehe wieder herstellen soll, wirkungslos wäre, wenn inzwischen von einem der Ehegatten eine neue Ehe eingegangen ist, denn die alte Ehe könnte wegen § 1326 nicht wiederhergestellt werden. Es ist hier genau die gleiche Erwägung massgebend, wie in unserem Fall: die Entscheidung desselben ist also nur die Anwendung eines dem Gesetze selbst zu Grunde liegenden Gedankens. Eine andere Meinung wird freilich von Planck [1]) vertreten. Er sieht den Grund der Vorschrift des § 1309 Abs. 2, in konsequenter Durchführung seiner Auffassung der feststellenden Natur der Nichtigkeitserklärung, darin, dass

1) Planck, Bem. 3 zu § 1309.

die zweite Ehe nach § 1326 nichtig wäre. Die Unrichtigkeit dieser Anschauung erhellt schlagend daraus, dass der § 1309 Abs. 2 nicht auch das Urteil, welches das Nichtbestehen einer Ehe feststellt (ZPO. § 629 Abs. 2) erwähnt. Das wäre zweifellos der Fall, wenn der § 1309 den von Planck angegebenen Zweck verfolgte [1]). Es sei darauf aufmerksam gemacht, dass in dieser verschiedenen Behandlung der Nichtigkeitsklage und der Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der Ehe wiederum ein sicherer Hinweis auf die rechtsgestaltende Natur der ersteren liegt.

Schlussbemerkung.

Es wurde früher (Seite 40) hervorgehoben, dass die Frage nach den Grenzen der Rückwirkung überhaupt nur aufgeworfen werden könne, wenn man die Nichtigkeitserklärung als konstitutives Urteil auffasste. Im letzten Abschnitt dieser Arbeit wurde zu zeigen versucht, dass ausser den gesetzlich festgelegten Grenzen der Rückwirkung noch andre solche zu setzen, billig und notwendig sei.

Ist letzteres richtig, so liefert uns diese Tatsache aber den sichersten Beweis dafür, dass die Natur der Nichtigkeitserklärung rechtsgestaltend ist, denn dadurch erst erhält diese ganze Lehre ihr logisches Fundament.

---

1) Das deutet schon Hellwig, Grenzen S. 50 Anm. 2. an.

Litteratur.

Bauer: Namensrecht d. Ehefrau nach Nichtigkeitserklärung der Ehe. Das Recht. 1905. S. 525.

Bernhöft, Franz: Zur Lehre von den Fiktionen. Heidelberger Festgabe für Becker. „Aus römischem und bürgerlichem Recht“ 1907. S. 239 ff.

Buhl, Heinrich: Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe. Festgabe für Becker. Berlin 1899. S. 137 ff.

Bunsen: Der Schutz des Eigentums im BGB. Bernhöft und Binder, Beiträge zur Auslegung des BGB. Heft 6. Leipzig 1905. S. 419 ff.

Cahn: Reichsgesetz über die Erwerbung und den Verlust der Staatsangehörigkeit. 3. Aufl. Berlin 1908.

Cosack, Konrad: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. Jena 1903.

Crome, Carl: Das System des Bürgerlichen Rechts. Band IV. Tübingen 1908.

Dernburg, Heinrich: Bürgerliches Recht. Band IV. 4. Aufl. Halle 1908.

Derselbe: Lehrbuch des Preussischen Privatrechts. Band 3. 4. Aufl. Halle 1896.

Derselbe: Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung. Festschrift für den XXVI. Deutschen Juristentag. Berlin 1902.

Dochnahl, Dr. P.: Zur Auslegung des BGB, § 1348 Abs. 2. S. 1. Arch. f. Bürg. R. Bd. 26. S. 321 ff.

Ehrlich: Das zwingende und nicht zwingende Recht.

Endemann, F.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Abt. 2. 8. und 9. Aufl. Berlin 1908.

Förster-Eccius: Preussisches Privatrecht. Bd. 4. 7. Aufl. Berlin 1897.

Frank, R.: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 6. und 7. Auflage. Tübingen 1908.

Friedberg, Emil: Lehrbuch des Kathol. und Evang. Kirchenrechts. 6. Aufl. Leipzig 1909.

Gaupp-Stein: Die Civilprozessordnung für das Deutsche Reich. 8. und 9. Aufl. Tübingen 1906.

Hellwig, Konrad: Anspruch und Klagerecht. Jena 1900.

Derselbe: Grenzen der Rückwirkung. Giessen 1907.

Derselbe: Lehrbuch des Civilprozessrechts. Bd. III. Abt. 1. Leipzig 1909.

Derselbe: Erlöschung des Scheidungsrechts in der Revisionsinstanz. Deutsche Juristen-Zeitung 1903. S. 284 ff.

Derselbe: Gültigkeit der 2. Ehe trotz Aufhebung des Scheidungsurteils. Deutsche Juristen-Zeitung. 1904. S. 834 ff.

Derselbe: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.

Hölder, Eduard: Anspruch und Klagerecht. Zeitschr. f. Civilprozess. Bd. 29.

Derselbe: Die richterliche Herabsetzung einer Vertragsstrafe. Das Recht. 1900. S. 161 ff.

Jacobi: Das persönliche Eherecht d. Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 2. Aufl. Berlin 1899.

Juristische Wochenschrift. 1903.

Kisch, Wilhelm: Beiträge zur Urteilslehre. Leipzig 1903.

Koch, C. F.: Allgemeines Landrecht. 1884. 1886.

Kohler, Josef: Prozesshandlungen mit Civilrechtswirkung. Zeitschrift für Civilprozess. Bd. 29. S. 1 ff.

Derselbe: Die sogenannten Gestaltungsurteile. Rheinische Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. H. 1. S. 39 ff.

Langheineken, Paul: Der Urteilsanspruch. Leipzig 1899.

Leonhard: Das persönliche Eherecht des Entwurfs eines BGB. Arch. f. Bürgerliches Recht. Bd. X.

v. Liszt, F.: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 16. und 17. Aufl. Berlin 1908.

Matthias, Bernhard: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. Berlin 1900.

Meyer-Allfeldt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 6. Aufl. Leipzig 1907.

Meyer-Anschütz: Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts. Leipzig 1904.

Mitteis, Ludwig: Zur Lehre von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte. Iherings Jahrbücher. Bd. 28.

Derselbe: 2 Fragen aus dem Bürgerlichen Recht. Dekanats-Programm. Leipzig 1905.

Moszkowski, Richard: Der Schutz Dritter gegen die Folgen der Nichtigkeit der Ehe. (Zur Interpretation des § 1344 BGB). Leipziger Dissertation. Berlin 1908.

Müller: Einfluss der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe auf Strafrecht und Strafprozess. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. Bd. 71. S. 541 ff.

Neubecker: Vertragslösung. Zeitschr. für vergleichende Rechtswissenschaft. Bd. 21.

Neustadt, Maximilian: Kritische Studien zum Familienrecht des BGB. Bd. I. Berlin 1907.

Oertmann, Paul: Die Inzidentfeststellungsklage. Zeitschrift für Civilprozess. Bd. 22. S. 11 ff.

Opet- v. Blume: Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1906.

Philipps, Georg: Lehrbuch des Kirchenrechts. 2. Aufl. Regensburg 1871.

Planck, G.: Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 4. 3. Aufl. Berlin 1906.

Derselbe: In der Deutschen Juristen-Zeitung 1899. S. 38.

Preussisches Verwaltungsblatt. Bd. 24. S. 531.

Rechtssprechung der Oberlandesgerichte. Bd. 5. S. 153. (Mugdan & Falkmann). Leipzig 1902. cit. R. O. L. G.

Richter-Dove: Lehrbuch des Kathol. und Evangel. Kirchenrechts. 7. Aufl. Leipzig 1874.

Savigny, Ftiedrich Karl v.: System des heutigen Römischen Rechts. Bd. IV. Berlin 1841.

Seckel, Emil: Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts. Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin für Dr. Robert Koch, Berlin 1903. S. 205 ff.

Scherer, Rudolph Ritter von: Handbuch des Kircheurechts. Bd. II. Graz und Leipzig 1898.

v. Scheurl, Adolf: Das gemeine Deutsche Eherecht. Erlangen 1882.

Schmidt, Arthur, B.: Familienrecht. Kommentar zum BGB. (Hölder u. A.) München 1907.

Seuffert, Lothar; Kommentar zur Civilprozessordnung. 10. Aufl. München 1907.

Siebenhaar: Kommentar zu dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen. Bd. III.

Derselbe: Lehrbuch des Sächischen Privatrechts. Leipzig 1872.

Staudinger-Engelmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. und 4. Aufl. IV. Band, 2. München 1908.

Süssheim: Das Namensrecht von Frau und Kind im BGB. Gruchots Beiträge. Bd. 43.

Thiesing, Adolf: Die Wirkungen nichtiger Ehen. München 1907.

Derselbe: Das Namensrecht der Ehefrau bei Nichtigkeit der Ehe. Das Recht. 1905. S. 612 f.

Wendt: Lehrbuch der Pandekten. Jena 1888.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Auflage. Bd. 1. Frankfurt a./M. 1906.

Zachriae-Crome: Handbuch des Französischen Civilrechts. 8. Aufl. Freiburg i. Br. 1894/95.

Zitelmann, Emil; Das Recht des BGB. Allgemeiner Teil. Leipzig 1900.

Derselbe: Internationales Privatrecht. II. Leipzig 1897.

Derselbe: Zum Recht der Eheanfechtung. Heidelberger Festgabe für Becker. „Aus römischem und bürgerlichem Recht". 1907.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. IV. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bearbeitet von Achilles Gebhard & Spahn. Bd. IV. Berlin 1897.